

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La mediación posesoria

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Carlos Manuel Guzmán Leiva

Madrid, 2015

TE 794

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

ESPAÑA

LA MEDIACION POSESORIA.

TESIS DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO

DE DOCTOR EN DERECHO



CARLOS MANUEL GUZMAN LEIVA

1977

AGRADECIMIENTO

Deseo dejar constancia de mi sincera gratitud y pleno reconocimiento, al Dr. MANUEL ALBALADEJO GARCIA, quien desde su aceptación como Director del presente - trabajo, se constituyó en el guía, consejero y colaborador del que suscribe, patrocinándome siempre de manera incondicional su oportuno criterio científico y la comprensión más absoluta en las condiciones personales en que se tuvo que realizar, factores que fueron decisivos y determinantes en la finalización del mismo.-

A mi Padre y a mi Madre, como testimonio de amor filial y sencillo tributo a la hidalguía, honradez y voluntad que me mostraron siempre y que han constituido con el devenir del tiempo, fuente ejemplar de formación y firme guía en mi vida.

A la memoria de mi Esposa Guiselle, por el apoyo moral y la confianza que me brindó siempre para la conclusión de este trabajo y a la vez, por haberme legado su recuerdo a través de Estéban y Arturo.

I N T R O D U C C I O N

El presente trabajo pretende ser un enfoque de la institución de la Poesión, fundamentalmente desde la perspectiva doctrinal y jurídico-legal, en que se encuentra regulada por el ordenamiento español, acompañado de algunos análisis y criterios personales sobre las figuras en estudio, que nos han sugerido, tanto la investigación — practicada, como la opinión general vertida por la doctrina científica. No obstante, por exigencia de la propia institución de la posesión y en particular de la forma en que ésta se organiza a través de la mediación posesoria, será necesario una referencia parcial al Derecho comparado, con el fin de que la misma contribuya en alguna medida, a una comprensión más unitaria y plena, de lo que en última instancia estimamos debe ser ésta. El ponderar inicialmente la serie de dificultades y arduos problemas que la construcción jurídico-dogmática de la institución de la posesión ofrece, no ha sido obstáculo (por lo menos en el decidirnos a desarrollar el tema propuesto) para intentar el conocer y desentrañar en lo posible, tanto su estructura formal y su contenido, como el desenvolvimiento de las funciones y efectos que se le asignan por las diversas normas legales comprendidas en la legislación española. Ello ha obedecido particularmente, al influjo que dicha institución ha ejercido en nosotros desde que nos iniciamos en el estudio del Derecho, tal vez por considerar que siendo una figura casi tan antigua como el propio hombre y de las más estudiadas por los juristas de todos los tiempos, sin embargo continúa

manteniendo la atención de éstos en todas las latitudes, por la serie de problemas que la misma plantea y que aun hoy no se han logrado resolver. Ruggiero afirma en torno al concepto de la posesión, - que no existe materia que se halle más llena de dificultades que ésta, en lo que se refiere a su origen histórico, el fundamento racional de su protección, su terminología, su estructuración teórica, - el objeto de la misma y los efectos que produce, así como los modos de adquirirla y perderla. No se crea entonces encontrar por esas razones, en las posteriores líneas, ni juicios certeros de lo que es y representa la posesión, ni soluciones concretas a los problemas - que surjan en el desarrollo del mismo, porque, sabedores de antemano que las metas que ofrece el tema se encuentran más allá del alcance de nuestros propios recursos, lo único que explica y justifica el planteamiento de aquél, es la oportunidad de conocerlo un poco más de cerca y el de corroborar objetivamente la inclinación intuitiva que siempre ha suscitado en nosotros la figura en cuestión. Pese a que lo dicho refleja un marcado subjetivismo de nuestra parte (que puede o no verse satisfecho al final de la exposición), también hemos de manifestar, que un esfuerzo de nuestra parte por buscar la objetividad que la figura en estudio requiere y hasta donde nos sea posible realizar el mismo, debe darse por descontado, no por condiciones personales, sino por las impuestas a nivel del trabajo que exige una institución como la posesión.

La mediación posesoria como una forma de organizarse la posesión, fue conocida desde el tiempo de los romanos. Sin embargo, como ellos tenían una concepción distinta del desenvolvimiento de la institución, en relación con la prevaleciente en el sistema jurídi-

co español, hemos preferido plantear básica y fundamentalmente dicha institución, desde el ángulo en que las normas legales la tratan en éste, sin omitir, por parecernos imposible dejar de hacerlo, breves referencias históricas, tanto al sistema que rigió entre aquéllos, como el existente en el Derecho germano medieval y al contenido en el Derecho español representado por Las Partidas.

El trabajo en general se encuentra dividido en cinco capítulos mediante los cuales se trata de plantear, por los dos primeros, conceptos básicos generales en relación tanto a lo que se ha entendido institucionalmente por posesión y su tratamiento legal por el ordenamiento español (capítulo primero), como lo que legal y doctrinalmente se ha definido y entendido representa la figura de la mediación posesoria (capítulo segundo). Posteriormente se plantea propiamente lo que hemos entendido constituye la estructura jurídico-dogmática de la figura (capítulos tercero y cuarto), desde los sujetos que la componen, la forma de constituirse, su vigencia y terminación, pasando por los poderes y efectos que cada miembro componente de la misma adquiere y recibe de la posesión sustentada por él, hasta las relaciones y protección de la misma que mantienen entre sí, así como con terceros.

Por último (capítulo quinto), se estima de importancia hacer una referencia esquemática en las dos primeras secciones del mismo, a otras figuras jurídicas, que no constituyendo casos de mediación posesoria, tanto por su constitución jurídica como por su manifestación pragmática, contienen semejanzas con ésta, aprovechándose a la vez, el señalar las características distintivas de aque-

llas con nuestra figura en estudio. En la sección tercera se pretende un replanteamiento de la mediación posesoria, pero figurando como componentes de la misma, un conjunto de sujetos situados en un mismo plano o grado posesorio, ya desde la posición de mediación posesoria o desde la formada por la posesión mediata, constituidos unos y otros bajo la figura de la coposesión. Se trata de abarcar en el tema, lo que constituye legal y doctrinalmente la coposesión, así como las diversas implicaciones que la misma ofrece organizada desde el punto de vista de una mediación posesoria, tanto desde su ángulo externo, o sea, de las relaciones entre comediadores y coposesión mediata, como desde el interno en las que mantienen interrelación los miembros de cada una de ellas.

Finaliza el presente trabajo una sección dedicada a lo que se ha estimado han de constituir las conclusiones logradas, a través del tratamiento efectuado tanto en la figura central de la mediación posesoria, como las que se han analizado en relación con ésta, tratando en su enumeración de guardar hasta donde nos ha sido posible, una secuencia lógica de lo que hemos entendido ha de comprenderse por ésta, vista tanto desde el nivel normativo como desde el doctrinal. Para ello hemos tenido que recurrir, aparentemente, a conclusiones ya definidas por la ley, pero si lo ha sido así como se verá, tiene su fundamento no sólo en el criterio que hemos expuesto de lo que representa la institución o el concepto de la posesión en el Código civil español, en opuesta contradicción con alguna opinión, sino que también lo ha sido con la fina-

lidad de fundar a manera de premisa, posteriores y básicas conclusiones de lo que es y representa la mediación posesoria en el Derecho - español.

Sólo nos resta hacer una breve aclaración que estimamos obligada, relacionada con algunas y esporádicas referencias al Derecho - costarricense, que aparecen en algunos apartes del trabajo. La circunstancia de ser nativos de Costa Rica, en principio nos sugirió la idea de plantear el presente trabajo, abarcando integralmente tanto el ordenamiento de nuestro país como el español, con el objeto de — efectuar una labor de análisis comparativo. Para lograr realizarlo y en defecto de no contar con una producción doctrinal suficiente de — las instituciones posesorias patrias, estimamos como una necesidad — indispensable el poder contar con la doctrina contenida en las sentencias dictadas por la Sala de Casación y las Salas de Apelaciones, a fin de tener una visión englobante de aquéllas y un fundamento objetivo sobre el cual hacer la exégesis respectiva. Circunstancias de orden técnico y las impuestas lógicamente en razón de la distancia, nos hicieron desistir del plan inicialmente trazado, lo que, en definitiva nos obligó a centrar nuestra atención únicamente sobre el ordenamiento español. No obstante, creyéndonos deudores de una obligación moral a todas luces explicable desde las causas que han motivado nuestros estudios de postgrado, quisimos aprovechar la oportunidad que se nos presentaba, para, por lo menos en algunos pasajes del desarrollo, efectuar comentarios de normas legales que regulan la posesión en nuestro país y a la vez acompañarlos con los criterios de dos de nuestros más destacados juristas. De esa manera, en alguna me

dida, aunque deficientemente, queda satisfecha en parte la inquietud antes expuesta y, a la vez, considerar la inserción en comentario, a nivel de una relación de Derecho comparado. Esa circunstancia explica el que hayamos omitido en la sección de conclusiones, el referir alguna de las que eventualmente pudieran extractarse de los comentarios aludidos, dejando exclusivamente la misma para recoger en ella, aquéllas que consideramos referidas al Derecho español.

Se incluye al final un índice general de los temas desarrollados y otro referente a los autores citados, con una relación detallada de la bibliografía usada y consultada, ordenada alfabéticamente - por autores, así como una mención de los cuerpos legales que han servido de referencia positiva a la exposición analítica que se realiza.

CAPITULO PRIMERO

1º. CONCEPTO DE LA POSESION

Sumario: 1.- La posesión en Roma. 2.- El corpus y el animus. 3.- Teoría subjetiva. 4.- Teoría Objetiva. 5.- Los artículos 430 del Código Civil Español. 6.- El artículo 277 del Código Civil de Costa Rica.

1. La Posesión en Roma

El pretender dar un concepto de la posesión implica el hurgar sobre su razón de ser, entendida ésta como la intelección de su contenido o más propiamente, como la aprehensión cognoscitiva de su esencia; o a su vez, como el acaecimiento de un fenómeno jurídico en la vida de relación humana. Dentro de la secuencia y fines de lo que pretende ser el presente trabajo, interesará nada más el segundo aspecto, que es propiamente el que desenvuelven los ordenamientos jurídicos, los cuales tienen positiva y efectivamente su influencia en la conducta de los hombres en su convivencia social. De tal manera que nuestro interés estará centrado en la existencia de la posesión, como "una situación dada y actuante" (1) y no como un presupuesto filosófico de índole abstracto universal, lo que supone lógicamente - tratar desde su inicio a la posesión, no como "un concepto puramente lógico, construido abstractamente por la ciencia jurídica", sino más bien como un ente de Derecho positivo en el sentido como es concebido en los ordenamientos jurídicos (2). Para los romanos la posesión

(1) Hernández Gil, La Función Social de la Poesión, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1969, p.8.

significó una relación de hecho con la cosa, que les permitía la disposición plena de ella, con la intención efectiva de disponer de la misma como lo haría su dueño (3). Se desprende de esta concepción la significación clara, de que en la mente de los romanos lo que prevalecía como posesión, era la casi identidad de ésta con la propiedad, pues a la manera de ésta, la posesión resultaba ser un señorío verdadero a la par de una dominación real y efectiva de la cosa (4). Possidere significa para los romanos tener una cosa en el propio poder; tener una potestad de hecho en la cosa que de la posibilidad de disponer de ella en la totalidad de sus relaciones, con exclusión de todos los demás y tener la intención de mantenerse en relación inmediata e independiente con la cosa; o sea, que la possessio es el ejercicio de un señorío, concebido éste, como una relación de hecho independiente del derecho que pudiera tenerse sobre la misma (5). Se ve entonces que para los romanos, aunque el contenido del ejercicio que constituía la posesión, correspondiese a la propiedad (en el sentido de ser un señorío que diera la posibilidad de disponer por completo de la co

(2) Albaladejo García, Derecho Civil III.Vol.I, Librería Bosch, Barcelona, 1974, p. 31.

(3) Bonfante, Instituciones de Derecho Romano, 3ª edic.Inst.Edit.Reus S.A. Madrid, 1965,p. 357. En términos semejantes, aunque más explícitos, se pronuncia Eugene Petit (en su Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Albatros, Buenos Aires, 1975, p.253), al decirnos que para los romanos la posesión era, "... el hecho de tener en su poder una cosa corporal,reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario."

(4) Bonfante, Ob. cit., p. 357.

(5) Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Inst. Edit. Reus, Madrid, p. 800.

sa y con exclusión de los demás), en realidad ambas eran distintas por proceder de causas diferentes y por lo tanto no existía nada en común entre ellas. Recuérdese la ya muy conocida frase de Ulpiano: "Nihil commune habet proprietatis cum possessione (D,41,2,12,1)"; "Separate esse debet possessio a proprietate (D, 43,17,1,2)" (6).-

2. El corpus y el animus

Se desprende a su vez del concepto anteriormente expuesto y mantenido por los romanos, que la posesión se encuentra integrada por dos elementos que la componen y la caracterizan dentro del mundo de las relaciones jurídicas y que fueron denominadas como el corpus y el animus. El primero significó el elemento material de aquélla, que consistía en una relación física, material entre el poseedor y la cosa poseída (7). Ese mismo concepto en principio se ha mantenido hasta nuestros días, - de lo que buena prueba de ello nos dan, Ruggiero (8) Bonfante (9), - quien sostiene que el corpus es, "la disponibilidad de la cosa, o sea una relación de tal clase con la cosa que en la economía y en la conciencia social permita, según la diversa naturaleza del objeto, obrar

(6) Espín, Manual de Derecho Civil Español, 4ª Edic. Edit.Rev.Der.Privado, Madrid, 1975, p. 17.

(7) Saleilles, La Posesión, Librería Gral. de Victoriano Suárez, Madrid 1909, p.5, quien nos dice que en principio, para los romanos la cacterización del corpus se realizaba con colocarse sobre la cosa cuestión que se especificaba en los inmuebles poniendo la planta - de los pies sobre ellos y en los muebles, era exigido la aprehensión "corpore et tactu", es decir, el asir la cosa con las manos; ps. 22-23.

(8) Ob. cit., p. 800.

(9) Ob. cit., p. 359.

sobre él cuando se quiera... se expresa por los romanos con las frases tenere o detinere, esse in possessione, possessio naturalis o corporalis, possessio o possidere corpore"; Petit (10); P. Jörs-W.Kundel (11). De tal manera que el corpues es para los romanos la aprehensión (ya sea ésta con los pies o con las manos) brutal, física o material que el poseedor haga del objeto, de donde se infiere que para ellos únicamente las cosas corporales eran susceptibles de posesión (12). Concepto que posteriormente fue recogido por Las Partidas cuando se dispone en ellas que, "Possession tanto quiere decir, como ponimiento de pies. E segun dixerón los Sabios antiguos, possession es, tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo, e del entendimiento. Ca as cosas que no son corporales, assi como las servidumbres que han las vnas heredades en las otras, e los derechos por que demanda vn ome sus debdas, e las otras cosas que no son corporales semejantes destas, propriamente non se pueden posseer nin tener corporalmente;..." (13). Sin embargo esta idea inicial del corpues, como una relación material y física del sujeto con la cosa,

(10) Ob. cit., p. 254.

(11) Derecho Privado Romano, Edit.Labor S.A. Barcelona, 1965, p.158.

(12) Castán, Derecho Civil, Común y Foral, 10ª Edic., Inst. Edit. - Reus, Madrid, 1971, p. 444, quien nos dice que de la significación que tuvo la possessio romana, se extraen dos conclusiones y señala, "Que la posesión se daba sobre cosas corporales, quedando fuera de su concepto no sólo aquellas relaciones que no tienen como objeto inmediato las cosas (por ejemplo, los derechos de obligación), sino también los mismos derechos reales distintos de la propiedad (esto es, los iura in re aliena), en los que la cosa no se halla en su integridad sujeta al señorío del titular."

(13) P. 3ª, T.XXX, L.Lª.

evoluciónó posteriormente para concebirse y admitirse la existencia del corpus possessione, en supuestos en que dicha relación no existía, teniéndose entonces por aceptado en su configuración, el que el sujeto se situara en una posición de influencia sobre el objeto, sin que fuera necesario el que tuviera que asirlo o tomarlo materialmente, para considerar como existente dicho corpus (14). Respecto al segundo elemento de la posesión, o sea el animus, éste se encuentra caracterizado, según los romanos, por la intención que el sujeto tenga de querer obrar como dueño y propietario de la cosa, objeto de la relación material establecida (15); es el denominado animus rem sibi habendi o animus domini, que viene a cualificar la posesión como aquella relación mantenida y exteriorizada, por medio de la cual el sujeto en relación con el objeto, se comporta como si la misma fuera propia (16). Para los romanos aquellos casos en que se daba el corpus sin el animus, daban lugar a la detentación o possessio naturalis, que carecía casi de efectos jurídicos y fundamentalmente estaba desprovista de la acción de los interdictos (17), -

(14) Castán, Ob. cit., p. 444; Espín (Ob. Cit. p. 26) se pronuncia también en ese sentido, manifestando que en el Derecho Postclásico, se operó un desligamiento del animu possidendi de la posesión propiamente dicha, lo que motivó que cuando éste existía por separado, la posesión se conservaba sólo ánimo y se le empezó a considerar como posesión de derecho.

(15) Saleilles, Ob. cit., ps. 5 y 6.

(16) Saleilles, Ob. cit., ps. 168 y 169, sostiene que la existencia de las excepciones del acreedor prendario, el precarista y el secuestrario, que no teniendo el animus domini, se les consideró como poseedores, demuestra "que el animus domini no era un elemento indispensable para que existiera la posesión".-

(17) Ruggiero, Ob. cit. p. 801; P. Jörs-W.Kunkel, Ob. cit. ps.159 a 161.

debido a que en dichos casos el detentador se constituía a manera de instrumento, por medio del cual, el poseedor verdadero ejercía su poder, pues era el único que poseía el animus de propietario: el detentador, poseía el nomine alieno, no nomine proprio. Esta distinción - entre la persona que poseía materialmente la cosa, o sea que tenía - el corpus y la otra, a quien pertenecía el animus, unidas a la condición propia de la posesión como un poder físico sobre una cosa, es - posible que suscitara entre los romanos, la vieja y conocida cuestión de determinar sobre la índole de la naturaleza de la posesión, que todavía hoy es motivo de polémica y de criterios dispares, pues mientras para un grupo de autores la posesión constituye un mero hecho, para otros no es más que un derecho: "Apenas ha sostenido un escritor la naturaleza de hecho o de derecho de la posesión, aparece - el momento una serie de otros nuevos argumentos para refutarle" (18) Para los romanos dice Bonfante, pese a que la posesión era tutelada jurídicamente, "no se consideraba como un derecho, porque, si así - fuese, sería en todo caso tutelada por sí misma..., es decir, sin - consideración a la causa de la pérdida; y además sería tutelada de un modo definitivo, sin reserva de otro juicio sobre la pertenencia real del derecho. Por el contrario, la posesión no tiene defensa sino en casos de perturbaciones del estado de hecho o invasiones determinadas y calificadas (vi.clam.precario); (19). Este mismo criterio, con

(18) Hernández Gil, Algunos problemas en torno a la posesión, Inf.Jur. N° 97, junio de 1951, p. 606.

(19) Ob. cit. ps. 358 y 359. Igualmente nos dice Espín (Ob. cit.p.25) "Que desde el punto de vista del Derecho clásico, la posesión - viene considerada como un hecho, ya que las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma están ligadas a la persistencia - de los requisitos de hechos que la constituyen..."

contadas excepciones en contra, se mantuvo hasta la aparición de la sexta edición del Tratado de la Posesión de Savigny, quien venía sosteniendo por su parte el que la posesión constituía un hecho (20). Podría decirse que en la actualidad existe una corriente doctrinal - que ha continuado sosteniendo la naturaleza de hecho de la posesión, aunando a los argumentos ya dados, otros de gran significación; entre los que podríamos citar se encuentran Barbero (21); Barassi (22); Pluniol y Ripert (23); Marín Pérez (24); Roca Sastre (25); Iglesias-Cu-bría (26); Martín Pérez (27); Vallet de Goytisolo, afirma por su parte que "La posesión es técnicamente un hecho; porque además de tener forma y ocupar un sitio en el espacio, supone una duración. Es decir ocupa también su lugar en el tiempo." (28).

Como decíamos, Savigny en la sexta edición de su obra sobre la posesión, cambia su criterio para empezar a sostener, que en un prin-cipio la posesión es un hecho, aunque igualmente es innegable que posteriormente produce ciertos efectos legales: "Es, pues, al mismo tiempo hecho y derecho y este doble carácter es de grande importancia pa-ra el desenvolvimiento de la teoría". (29). Parte de la moderna doc—

(20) Espín, Ob. cit. p. 24.

(21) Sistema del Derecho Privado, Tomo I, Edic. EJEa, Buenos Aires, - 1967. p. 379.

(22) Instituciones de Derecho Civil, II, Bosch, Barcelona, 1955. p. 101.

(23) Tratado práctico de Derecho Civil, III, Edit. Cultural, 1945. P. 145

(24) Sobre la Nat. Jur. de la Posesión, Rev. Leg. Jurp. Jul-Dic. 1943, p. 28

(25) Derecho Hipotecario, I, 5ª Edic. Bosch. Barcelona, 1954, p. 609.

(26) De nuevo sobre la Nat. Jur. de la Posesión. Rev. Der. Priv. 1949, p. 631.

(27) La Posesión, Ed. Noticiero S.A. Zaragoza, 1958. ps. 32, 33 y 34.

(28) La concurrencia de varias posesiones... Rev. Leg. Jurp. 1947, p. 550.

(29) Tratado de la Posesión, Imp. Soc. Lit. Tip. Madrid, 1845, p. 17.

trina estima válido y cierto el argumento anterior y ofreciendo abundantes razones al respecto, sostienen que la posesión que la posesión tiene la ambivalencia mencionada; así por ejemplo se encuentran los siguientes autores: Messineo (30); García Valdecasas (g) (31); Puig Brutau (32); y con alguna variante en su planteamiento, Espín nos dice que como la posesión históricamente se presenta a veces como hecho y otras como derecho, dependerá su naturaleza de como el ordenamiento jurídico la conciba (33); Albaladejo concibe la naturaleza de la posesión, a semejanza del autor anterior, diciéndonos que la misma puede conceptualizarse ya como hecho, cuando éste consiste en un poder de hecho, omisión hecha de que se tenga derecho o no a él; ya como derecho, cuando se designa a la posesión como un señorío o poder jurídico que deviene de la ley; pero en ambos casos se trata de distintas figuras, que aún designándose con un mismo nombre, tienen distintas naturalezas. (34).

Por último, a la corriente que mantenía el criterio de que la posesión es un hecho, se alzó la voz de Ihering, quien al definir lo que eran los derechos subjetivos, entendió que la posesión también lo era, al estimarla como un interés jurídicamente protegido; a ese mismo juicio se ha unido una corriente considerable de doctrina, entre los que se puede señalar a Dalmau y de Olivart (Marqués), quien además de criticar a Savigny por haber dicho que la posesión es al -

(30) Derecho Civil y Comercial, III, Ed. EJE, Buenos Aires, 1954, p. 206

(31) La Doble Nat. de la Posesión, Anuario Der. Civ. 1954. p. 317.

(32) Fundtos. Derecho Civil, III, Vol. I, 2ª Edic. Bosch. Barcelona, 1971. p. 46.

(33) Ob. cit. p. 27.

(34) Ob. cit. p. 31 a 34.

mismo tiempo hecho y derecho, en vista de que "un hecho en su esencia no puede producir derechos (que los efectos son una manifestación de la sustancia)", nos dice que si bien la posesión está basada en un hecho, éste no es un hecho arbitrario y sin ningún elemento jurídico (35); Hernández Gil, que por su parte se inclina "...a creer que hay suficientes razones para considerar que, con arreglo a la actual conciencia jurídica y a nuestro Derecho positivo, la posesión puede ser concebida como un derecho positivo, la posesión puede ser concebida como un derecho; más concretamente como un derecho real; y más precisamente como un derecho real de rango distinto a los demás derechos reales; pero sin que la distinción existente sea bastante para fundar una disparidad y una exclusión de la posesión del cuadro de los derechos reales. Al afirmar que la posesión es un derecho, no significa, ni mucho menos, desconocer que en ella figura un poderoso elemento de hecho. No hay contradicción en definir, por una parte, - la posesión como señorío o poder de hecho, y considerarla, por otra, como un derecho. El elemento de hecho que figura en la posesión es - insuficiente para expresar su total estructura y función. Es supuesto de hecho, contenido e incluso fundamento de algo: del derecho - real que es la posesión", concluyendo la idea de que a la posesión - le encajan perfectamente los elementos interno y externo de los derechos reales, entendiendo por el primero la potestad o sujeción de - la cosa a nuestro poder y por el segundo, el conjunto de medidas por las que el ordenamiento asegura el mantenimiento de esa situación de poder sobre la cosa y que provoca, un deber general de abstención -

(35) La P osesión; ..., Imp. Jaime Jepús, Barcelona, 1884, ps. 102 a 104.

por parte de los terceros (36). Mantienen un criterio semejante Cas
tán (37); Wolff (38); Von Tuhr (39); Pérez González y Alguer (40). Sin pretender dar nuevas y mejores razones en apoyo de las tesis an
teriormente expuestas, creemos que la definición que sobre las mis-
mas existen, son de gran importancia para tratar de sostener una po
sición congruente, respecto a los demás problemas que la posesión -
plantea, en lo tocante a su origen, concepto, terminología, estruc-
tura, protección, efectos, etc. Más, no obstante, concordamos con -
las posiciones que mantienen Espín y Albaladejo, que si bien en -
esencia no resultan ser iguales, si nos dan dos elementos ciertos y
positivos en la conceptualización de este fenómeno social, cuales -
son el aspecto histórico de su manifestación en los diferentes orde-
namientos jurídicos y de que éstos a la vez, la traten según el ca-
so, ya como hecho, ya como derecho, con entidades diferentes y se-
gún de la manera en que la misma se presente, lo que contribuye con
gran certeza a que el análisis que se haga de la figura en cuestión
no vaya a ser sobre presupuestos apriorísticos que nos alejen de una
visión real, sino más bien de los datos que ofrece el ordenamiento
jurídico de que se trate, el que a su vez actúa como un espejo re-
fractario de unas relaciones fácticas concretas, que se encuentran
en la realidad social subyacente que es regulada y normada por aquel.

(36) Algunos problemas en torno a la posesión, Inf. Jur. nº 97, Junio, 1951, ps. 610 y 612.

(37) Ob. cit. ps. 43 y 44.

(38) Derechos de Cosas, III, I, 3ª ed. Bosch, Barcelona, 1971, p. 32.

(39) Derecho Civil, Parte Gral. I, Edt. Depalma, Buenos Aires, 1946. p. 174.

(40) Anotaciones al Derecho de Cosas de Wolff citado, p. 33.

3. Teoría Subjetiva

Según lo que hemos expuesto, el concepto propiamente dicho de la posesión vendría dado por la reunión de los elementos conocidos - como corpus y animus coincidentes sobre una cosa. Conforme se expuso más arriba, esa fué más o menos la idea de los romanos, matizada claro está, con la distinción no sólo, de que el corpus debía de ser - concebido como una relación físico-material, sino fundamentalmente, el de que el animus debía de ser domini, o sea, de que el sujeto debía de conducirse respecto a la cosa como el propietario, excluyendo a los terceros en dicha relación. Esta fué la idea fundamental tomada por Savigny, quien después de observar que los romanos en varios casos en que faltaba el contacto físico-material con la cosa, habían admitido la existencia del corpus possessionis (41), estimó que la - aprehensión en la posesión o más propiamente el corpus, a diferencia de un contacto material y físico directo con el objeto, debía de ser considerado como "la posibilidad de ejercer una influencia conforme a nuestra voluntad sobre la cosa" y que dicha influencia, "debe de - mostrarse inmediata, presente, en la persona del que quiere adquirir la posesión" (42). Esta forma del corpus, que de que darse únicamente en ese nivel daría origen a la detentación (43), requiere según - el autor citado de una intención cualificada en el poseedor que le -

(41) Ob. cit., p. 112.

(42) Ob. cit. p. 128-129

(43) Savigny, Ob. cit. ps. 5-6. Saleilles, La Posesión de Bienes Muebles, Librería Gral. de Victoriano Suárez, Madrid, 1927, p.29. Leonardo Certad, La Protección Posesoria, Pub. Fac. Derecho Univ. Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 15.

lleve a tratar la cosa, no como perteneciente a otro, sino asimismo, ó sea, una voluntad de actuar como propietario de ella: "... cualquiera detentación para poderse modificar en posesión, debe de ejercerse con intención... Hemos definido anteriormente la detentación como el estado físico correspondiente a la propiedad, que es el estado legal. De aquí se deduce que el animus possidendi consiste en la intención de - ejercer el derecho de propiedad. Pero esta circunstancia no basta por sí sola, puesto que el que ejerce la detentación puede tener esta voluntad de dos maneras diferentes; para ejercer el derecho de propiedad de otro, o bien para ejercer el suyo propio. Cuando el detentador tiene intención de ejercer el derecho de propiedad que reconoce en otro, esta clase de animus possidendi que tiene no es capaz por su naturaleza de dar a la detentación el carácter de posesión... No nos falta, - pues, más que el segundo caso; aquél en que la intención está dirigida al ejercicio de su propia propiedad, de modo que el animus possidendi debe ser explicado (sic) por animus domini o por animus sibi habendi; no puede por consiguiente considerarse como poseedor más que el que - trata como propietario la cosa detentada, esto es, el que de hecho quiere tratarla lo mismo que un propietario autorizado para ello en virtud de su derecho, y especialmente sin reconocer persona alguna superior a él por tener mejor fundadas sus pretensiones." (44). La determinación por Savigny del corpus possessionis, como la posibilidad inmediata de ejercer influencia sobre la cosa, supone una diferencia considerable - con el concepto romano, debido a que ya no es necesario para su existenencia el tener materialmente asido el objeto, sino que basta nada -

(44) Savigny, Ob. cit. ps. 56-57.

más de esa posibilidad inmediata de influir sobre la cosa, lo que supone a lo sumo, el que el objeto se encuentre siempre por delante del poseedor (45). Esta forma de apreciar la relación posesoria, se ha dicho, conformó una "espiritualización" del lazo material y físico que había venido siendo el corpus y desde luego, una ampliación de todas aquellas relaciones posesorias que habían sido anteriormente excluidas: "Se ha dicho de este concepto de Savigny, que aportaba a la teoría posesoria un carácter espiritualista, porque, según él, los hechos que dan lugar al corpus carecen de valor en cierto modo, como tales - actos materiales y sólo lo adquieren en cuanto descubren una intención y un poder de orden moral; no se toma en consideración el apoderamiento brutal, sino la manifestación de un poder de dominación revelada - por los hechos;..." (46). Como una consecuencia que podríamos deducir de orden lógico de la manera en que Savigny concibe el corpus possessionis, se deriva en primer lugar, el de que la posesión se mantiene continua, precisamente porque en todo momento existe la posibilidad de repetir el acto originario por el que se entró en posesión del objeto, "... posibilidad que no desaparece por la distancia de la cosa y el olvido de la posesión, sino porque se pierde el objeto, o se tiene el animus non possidendi. Para que esta conciencia reproduzca, es preciso que el animus de tener la cosa como propia, exista: es preciso, además, que se reúnan las condiciones físicas de la posibilidad de que debe de nacer la conciencia (corpus). La posesión continúa por la

(45) Rodolfo Von Ihering, El Fundamento de la Protección Posesoria, Hijos de Reus Editoriales, 2ª edición, Madrid, 1912, ps. 163-164.

(46) Saleilles, La Posesión, op. cit. ps. 26-27.

continuación de las mismas condiciones (*corpore et animo*), cuyo cumplimiento ha hecho que se adquiriera; pero es muy natural que la continuación de la posesión no exija este poder físico e inmediato de que había necesidad para hacer nacer la posesión; no reclama sino la posibilidad continua de reproducir, según su voluntad, esta relación - inmediata." (47). Y en segundo lugar el de que la posesión se vendría a perder desde el momento en que dicha posibilidad de influencia sobre el objeto no exista, ya sea porque física y materialmente no sea posible una relación con la cosa, o porque desaparezca en el poseedor la voluntad o intención de continuar dicha relación (48). De lo expuesto hasta el momento es factible deducir que, pese a que se estime que la concepción savigniana promueve una espiritualización de la relación posesoria, por lo menos en el sentido de lo innecesario que resulta el tener aprehendido materialmente el objeto, la verdad es que a nuestro criterio tal materialidad no ha dejado de existir en dicha relación, aunque sea con apariencias físicas diferentes. En efecto, concebido el concepto de posibilidad inmediata de influir en el objeto, en que descansa el concepto del *corpus* dado por Savigny, como una relación indivisible tanto en el espacio como en el tiempo de tal manera que nadie se interponga entre el poseedor y la cosa y de que éste mantenga su intención de poseer en forma constante, los lazos que mantienen al poseedor en contacto con la cosa a no dudar - siguen siendo de carácter material, en el sentido de que éste puede actuar a discreción sobre aquélla cuando así se lo proponga; y son -

(47) Savigny, Ob. cit. ps. 129-130.

(48) Savigny, Ob. cit. ps. 176 y 183.

materiales precisamente porque desde el momento en que el sujeto dispone ad infinitum de la posibilidad de ejercer su influencia sobre el objeto, es como si lo tuviera actualmente asido en toda su materialidad, debido a que además de ser el único que puede hacerlo, lo hace en el momento que así lo desee, circunstancia que conforma dichos lazos materiales. El propio Savigny de alguna manera nos confirma lo anterior, cuando combatiendo la idea prevaleciente, en cuanto admitirse que en Derecho Romano la adquisición de la posesión dependía de un acto corporal, expone que, el de mantener asido un objeto, además de la idea del contacto directo que se tiene con el mismo, se puede desprender también la idea de la posibilidad inmediata de ejercer influencia sobre la cosa, formas ambas que si bien se excluyen, porque si tengo asido el objeto de posibilidad ha desaparecido y si ésta existe no tengo contacto con aquél, es lo cierto que en ambas situaciones se tiene el objeto a plena disposición de la voluntad del poseedor, que en última instancia es lo que determina el nacimiento y continuación de la posesión, o en el decir del autor, "Es pues, esta posibilidad física la que como hecho debe de estar contenida en toda adquisición de la posesión:..." (49). De lo que hasta ahora se ha expuesto sobre la teoría de Savigny, queda claro que el elemento determinante para el surgimiento de la posesión a la vida de relación social, lo es el animus domini, o sea la intención subjetiva del poseedor de apropiarse comodueño de la cosa objeto de la relación; es entonces el sujeto el que verdaderamente imprime con su -

(49) Ob. cit., p. 114.

conducta externa, reflejo ésta de un querer interno expresamente di-rigido a un fin, el nacimiento de la posesión, lo que determina en sentido contrario el de que, cuando no se da en el sujeto la intención de actuar como propietario frente al objeto de la posesión, ésta no existe y a lo único que dá lugar, como se dijo más arriba, es a la existencia de la detentación o simple tenencia, debido a que - el animus o intención de propietario radica en persona distinta de aquél que materialmente tiene la cosa: de esta forma se dice que el detentador no posee para sí, sino para otro, en quien reconoce expresamente el dominus possessionis, pudiéndose sin embargo y no obstante el carecerse de esta voluntad cualificadora, que hace que se tenga la cosa para otro (en el sentido de reconocerse la propiedad de la cosa en otro), tenerse la cosa para sí (a través del ejercicio de un derecho subjetivo que proporcione el uso o conservación de la cosa) (50).

4. Teoría Objetiva

Contra esta concepción Savigniana de la posesión, surgió la voz de Ihering, quien después de denominarla como teoría subjetiva ó teoría de la voluntad, precisamente por fundarse en un elemento psicológico o intencional cualificador de la misma, nos dice que la tiene por totalmente falsa, "... , oponiéndole, bajo el nombre de teoría objetiva, mi propia opinión, que resumiré brevemente. Cuando las dos

(50) Rodolfo Von Ihering, La Voluntad en la Posesión, Imp. Rev. Leg. Madrid, 1910, ps. 221-22.

condiciones que, en general, se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el corpus y el animus, concurren, se tiene siempre posesión, a menos que una disposición legal no prescriba excepcionalmente, que sólo hay simple tenencia" (51). Con la concepción de Ihering respecto a lo que debe de entenderse por posesión, puede decirse que dicho concepto obtuvo una carta de universalidad, en el sentido de que sustrajo del ámbito puramente personal del poseedor a través de la intencionalidad requerida por el animus domini, el nacimiento de aquélla, habiendo fundado ésta en elementos externos al sujeto, que en nada dependían del querer subjetivo de la persona. Ello fué posible gracias al concepto que el autor elaboró del corpus y el animus, pues mientras que para Savigny, como ya se dijo, el corpus es la posibilidad inmediata de ejercer influencia sobre la cosa, o sea, aquella actitud subjetiva y personal del poseedor, para Ihering es más bien "la mera relación de lugar con la cosa" (52), lo que condiciona fundamentalmente que, para que el sujeto pueda tener el corpus possessionis del objeto, no es necesario que tenga inmediatamente la posibilidad de influir sobre el mismo, sino que debido a la situación en que dicha cosa se encuentre en relación con las demás y el lugar que ocupe actualmente, se genera un deber de abstención por parte de la comunidad, que le permite al poseedor mantener la mencionada relación, sin que sea necesario por otra parte, que la cosa esté al frente del poseedor; de

(51) Ob. cit., p. 22.

(52) Ob. cit., p. 45.

esa manera nos dice que la posesión se mantiene continua, no porque exista la posibilidad de reproducir actos físicos sobre la misma, - sino porque hay una garantía moral y jurídica que invisiblemente - protege mi propiedad, que hace que la generalidad de los hombres se abstengan de introducirse en la esfera de mi posesión; "... la seguridad de la posesión descansa exclusivamente en esas garantías morales y jurídicas. Sólo a su eficacia y no a otra circunstancia deberá el poseedor de un fundo el estar casi cierto de que ningún - otro se aprovechará de su ausencia para apropiarse la posesión. Esas garantías y no su relación física con la cosa, son las que le asegurarán la posibilidad, de que habla Savigny, de reproducir a voluntad la relación originaria; sin ellas su confianza en esta posibilidad no sería muy fundada, pues sería una posibilidad abstracta; - cualquiera podría darle fin..." (53). Y agrega en pro de su argumentación que, "no puede racionalmente hablarse de poder físico sobre la cosa más que allí donde se está cerca de ella, o bien donde se - la guarde de tal manera que es imposible tomarla al primero que llegue. Yo tengo un poder de hecho sobre un fundo lejano, mientras estoy cerca o sobre él, pero desde que me alejo el poder cesa, y no - puede impedir a otro ocupar el fundo... Pasa con ese poder lo que - con la cuasi posesión in abstracto de que hablaba Puchta, es un poder físico... sin realidad física; una imagen proyectada sobre lo - oscuro por la linterna mágica de la teoría". (54). Concebido el cor

(53) Ob. cit., ps. 183 a 185.

(54) Ihering, El Fundamento de la Protección Posesoria,..., ps. 182-183.

pus como una relación espacial, o sea, como la forma por medio de la cual nace y se mantiene una relación jurídica, además de revelar se como importante en su configuración el lugar en sí, la índole de la cosa, su relación con otras y la que mantenga o pueda mantener el sujeto con la misma, hay que concluir que para la aprehensión y la existencia del corpus en tales condiciones, no se hace necesario ninguna clase de actos exteriores de índole material por parte del sujeto, ni mucho menos, que la cosa tenga que encontrarse en condiciones tales que le permitan al sujeto su influencia directa e inmediata, de manera que pueda asirla en el momento en que lo desee, o sea, el de tenerla al frente: de esa manera no es necesario que me encuentre presente para adquirir la posesión de unos ladrillos que el fabricante deja a la orilla de mi edificio, o el que me vende el abono lo lleva hasta mi campo o el jardinero que conduce el árbol a mi jardín, pues basta en estos casos o en otros semejantes, suponer en el poseedor la voluntad de adquirir, que se manifiesta por la relación de hecho que el poseedor va a mantener con la cosa, a través no solo de la relación que guarde con otras cosas que estén en la esfera de posesión de aquél, sino por la posición de la cosa que ha habitualmente tiene al igual que las de su especie (55). Pero a pesar de que el corpus possessionis es concebido tan ampliamente, el mismo no tendría ninguna significación, si a esa especial relación no se le imprime una voluntad conscientemente dirigida a la producción

(55) Ob. cit., ps. 195 a 198.

de la posesión; ésta en Ihering, al igual que en sus predecesores, - no se constituye únicamente con el corpus, sino que necesita también del animus que el sujeto impone en esa relación; lo que sucede es - que éste es considerado por el autor, no con un grado especial de - cualificación, como lo era el animus domini de Savigny que solamente el propietario podía tenerlo, sino que el mismo funciona en el sentido de señalar como relación posesoria, aquélla en la cual el sujeto entra en contacto con una cosa. De esa manera el animus será o estará constituido por el acto volitivo por medio del cual, el sujeto se aprovecha de esa relación espacial denominada como corpus y hace de ella una relación de posesión (56). Es así como cualquier relación - que el sujeto tenga con una cosa, a la impregna con el animus, necesariamente devendrá posesión, porque como dice Saleilles, el animus no recae sobre el derecho sino sobre el hecho o la detentación a la que pretende realizar como corpus posesorio (57). Tenemos entonces - que lo significativo en esta concepción es el de que la posesión surge, cuando el sujeto sin una especial y cualificada intención, se - aprovecha del corpus para que, a través de su voluntad tendida en esa dirección, retenga bajo su poder y voluntad la cosa objeto de la relación. En ese sentido será relación posesoria tanto la que pueda establecer el dueño o propietario de la misma, como el que no lo sea y la distinción que se establece para diferenciarlos, no es ya cosa del

(56) Ihering, La Voluntad en la Posesión..., ps. 45-46.

(57) La Posesión..., ob. cit., ps. 284-285.

propio individuo, como si lo era en la teoría de Savigny, sino que será la ley o el propio ordenamiento jurídico quien se encargará de realizar la jerarquización correspondiente; de esa forma es como el propio Ihering nos lo dice: "La distinción entre posesión y tenencia no se funda en la voluntad de poseer, no nace de ella, - pues es exactamente la misma en el tenedor y en el poseedor. En uno y otro existe el corpus y el animus, y si el primero tiene, no la posesión, sino la simple tenencia, el fundamento de esto está - según la teoría objetiva, en el hecho de que movido por motivos - prácticos, el derecho, en ciertas relaciones ha quitado los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado, de las condiciones de este último". (58). De esta forma de construir la relación posesoria, partiendo desde luego de los elementos tradicionales como el corpus y el animus, se infiere que aquélla no se forma en su totalidad por medio de grados o de momentos diferentes, uno para constituir el corpus y otro posterior para el animus, sino - que ambos surgen al unísono a partir del momento en que el sujeto impone su intención o voluntad al contacto con la cosa; circunstancia que desde luego podrá ser en algunos casos contando con la presencia del sujeto y el objeto, pero que en otros se determinará - por las circunstancias y situaciones en que tanto el sujeto como -

(58) La Voluntad en la Posesión, ..., ob. cit. p. 59.-Saleilles, La Posesión, ob. cit., p. 227, sostiene que el vínculo posesorio depende de circunstancias y condiciones jurídicas concretas, - determinadas por la ley y que la voluntad de las partes no - pueden crear.-

el objeto se puedan encontrar, ya con relación al lugar, a otras cosas en relación con el objeto y el propio sujeto, o en su caso, a la propia finalidad intrínseca o circunstancial que la cosa tenga en su manifestación económica, "En realidad, el corpus no puede existir sin el animus como el animus tampoco puede existir sin el corpus. Ambos nacen al mismo tiempo por la incorporación de la voluntad en la relación con la cosa. La posesión no es, pues, la simple reunión del corpus y el animus, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una existencia previa, sino que el corpus es el hecho de la voluntad; no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de pronunciada. El corpus y el animus son entre sí como la palabra y el pensamiento... La relación de lugar no tiene otra importancia, que la de ser la condición indispensable de la realización de la voluntad de poseer; pero no se convierte en corpus, sino desde que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria". (59). De lo anteriormente expuesto se infiere que el papel que viene a jugar la relación de lugar en el nacimiento de la posesión, como el marco necesario en donde la voluntad en contacto con la cosa hace de la misma una relación posesoria, provoca la gran concepción de Ihering al definir la posesión como la exterioridad de la propiedad, entendiendo por ésta, "el es tado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino eco nómico de servir a los hombres (60). De esta manera se hace palpable y visible el lazo jurídico que se establece entre el sujeto y

(59) Ihering, La Voluntad en la Posesión..., ps. 45-46.

(60) La Posesión..., p. 180.

la cosa, por medio del cual se determina en cada caso, cuando hay posesión y cuando no, lo que a su vez facilita conocer, que no só lo los elementos físicos son los que garantizan la permanencia y continuidad de la posesión, sino que fundamentalmente lo son, el elemento moral y jurídico existentes en el medio social. De esa forma nos ejemplariza el propio Ihering cuando nos dice, que al dejar el labrador sus mieses en el campo o el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción, lo es así, porque tienen la seguridad de que el lugar que ocupan dichos objetos, hablan externamente que los mismos tienen un propietario y por esa razón, se crean determinados resortes jurídicos que le garantizan a aquél el continuar poseyéndolos, mediante la abstención del apoderamiento que la comunidad manifiesta. Sin embargo, no ocurriría de esa misma forma si, en los lugares señalados, se encontrarían unas joyas o muebles, que por su destino económico, debieran encontrarse en lugar distinto y seguro: en este segundo caso evidentemente no hay ninguna manifestación de propiedad y en consecuencia tampoco se da la posesión, precisamente porque la relación de lugar concomitantemente con la naturaleza del objeto o su destinio económico, no guardan ninguna similitud entre sí, por medio de la cual pueda inferirse, que en dicha relación existe la expresión de un poder de voluntad que mantiene dentro de su esfera a los mencionados objetos (61). Esos elementos de lugar y destino económico de la cosa, o en suma, la exterioridad de la propiedad como el supuesto indispensable de la posesión, hacen que ésta una

(61) La Posesión. ..., ob. cit., ps. 180 a 182.

vez existente, se mantenga y continúe, no por la posibilidad de poder reproducir el acto originario, a la manera en que Savigny la concebía, sino por el deber de abstención existente en la comunidad generado por los lazos morales y jurídicos provenientes del Derecho en general. Con lo expuesto hasta ahora se deduce que el acto de la adquisición de la posesión no depende en sí, de la aprehensión física del objeto según de la manera en que Savigny lo concebía, sino más bien de un acto de voluntad de adquirir que se manifiesta, sin necesidad de entrar en contacto físico con la cosa, por las relaciones externas del lugar en que se encuentre la cosa, que el sujeto pueda tener con la misma, ya sea a través de otros objetos o por la posición que ésta guarde según el que habitualmente tengan las otras de su misma especie; de esa manera la aprehensión física que se haga de la cosa, vendría a constituir una formalidad o prueba simplemente de que ya se ha operado la adquisición (62). Hemos visto como la posesión nace a través de una relación espacial con la cosa, en la que se encuentra presunta la voluntad del sujeto, de modo que éste por su medio, se aproveche del destino económico que normalmente aquélla tenga; desde el momento en que la cosa deja de ocupar la posición anterior, o sea, aquélla por la que el sujeto logra extraer las ventajas económicas de ellas, dice Ihering, la posesión se pierde (63). La pérdida se produce entonces, según lo dicho, por dos ca

(62) Ihering, La Posesión... ob. cit., p. 203.

(63) La Posesión, ..., ob. cit. p. 209, dice textualmente: "Si la posesión es la exterioridad de la propiedad, debemos declararla perdida cuando la cosa ha llegado a encontrarse en una posición de desacuerdo con la manera y forma regulares, bajo las cuales el propietario tiene costumbre de servirse de ella".

nales: uno, cuando la cosa por sí deja de producirle ventajas económicas al sujeto, ya sea por ejemplo, que se destruya o que el cambio de posición espacial haga imposible ese aprovechamiento; y el otro, cuando de la conducta de aquél se infiera, que exista una manifiesta intención de no continuar aprovechándose económicamente del objeto:" El interés atestiguado en el hecho por la manera de servirse de la cosa, de cuidarse de ella, de protegerla y asegurarla, es el indicio del verdadero propietario. Quienquiera que no muestre este interés y se desligue de algún modo de la cosa, pierde la posesión, porque aunque él sea y permanezca propietario, no es activo y visible como tal; y la posesión consiste precisamente en esto, la parte visible de la propiedad, la diligencia del propietario es una condición indispensable de la posesión". (64). Concebida así la pérdida de la posesión y tal como lo señala el propio Ihering, entre su postura y la que Savigny sostiene, media la diferencia notable de la diligencia actual del poseedor, pues mientras en Savigny basta la posibilidad de reproducir el acto originario para mantenerse en la posesión de la cosa, para Ihering es indispensable, no el poderse reproducir dicho acto originario, sino más bien una actitud amplia y compleja que desarrolle el poseedor en forma constante, por medio de la cual muestre una voluntad de aprovechamiento económico de la cosa.

5. El Artículo 430 del Código Civil Español

El artículo 430 del Código Civil Español es con el que se inicia el capítulo de la posesión. Por esa razón, en principio, parece

(64) Ob. cit., p. 210.

ra de cierta lógica que su contenido enunciara una definición, de lo que debía en adelante entenderse por posesión, armonizando de esa forma con la misma el resto del articulado. Sin embargo, más bien de su contexto se desprende que su enunciación lo es en un sentido clasificatorio primeramente, para luego definir cada una de las posesiones clasificadas, omitiéndose en consecuencia, dar un concepto genérico de lo que deba definirse por posesión, hecha abstracción de las formas, clases y números con que suele presentarse la misma en el tratamiento positivo que el ordenamiento jurídico le da. Es así, como el artículo en comentario se pronuncia diciendo que: "Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos". A excepción del concepto "disfrute de un derecho" contenido en la definición de posesión natural, se aparece de primer momento en dicho texto, la influencia ejercida por el Derecho romano (65), a través de las Partidas cuando en éstas se dispone: "Ciertamente dos maneras y ha de posesión. La vna es natural, e la otra es por otorgamiento de derecho, a que llaman en latín ciuil. E la natural es, quando ome tiene la cosa por si mismo corporalmente, assi como casa, o su Castillo, o su heredad, o otra cosa semejante, estando en ella. E la otra que llaman ciuil es, quando algund ome sale de casa, de que el es tenedor, o de heredad, o de Castillo, o de otra cosa semejante, non con entendimiento de la desamparar, mas porque non puede ome siempre estar en ella.

(65) Pérez González y Alguer, Anotaciones al Derecho de Cosas de Wolff citado, ps. 39-40.

Ca entonce, maguer non sea tenedor de la cosa corporalmente, seerlo - ha en la voluntad, e en el entendimiento, e valdra tanto, como si es tuuiese en ella por el mismo". (66). La influencia romana se nos aparece en el texto, aunque de una manera un poco confusa, tal como lo apuntan Pérez González y Alguer (67), precisamente, al hacerse la diferencia entre posesión natural y civil, pues como más arriba se expuso, para los romanos existía únicamente posesión, cuando el poder de hecho sobre la cosa estaba matizado por el animus domini, o sea - el tratar la cosa como propietario; mientras que, en ausencia de este cualificado animus, lo único que se daba al entrar en contacto fisico con la cosa, era la possessio naturalis o detentación, que en - su caso no era posesión. De ahí entonces que la confusión en el articulo 430 radica en que, definiéndose la posesión natural como la tenencia de una cosa o disfrute de un derecho, además de que ya de por sí la denomina "posesión" terminología que contribuye a su falta de claridad, al decir del artículo 446 del Código Civil, que todo poseedor tiene derecho a ser protegido en su posesión por medio de los interdictos, asimila dicha posesión natural a una verdadera posesión, sustancia, como ya se dijo, de la que carecía la posesión natural en Roma. Se aprecia por otra parte, que no obstante, ha de entenderse - que dentro del concepto que se esboza como posesión natural, existe una verdadera posesión con efectos propios, dentro del contexto del artículo se nota que tal posesión natural es tratada como simple de-

(66) P. 3ª - T. XXX - L. II.

(67) Ob. cit. p. 39, Castán señala que aunque dicha influencia existe, "... en realidad, su noción dista mucho de la romana y es - harto más amplia que ella..." (Ob. cit. p. 455)

tentación, o mejor dicho, como el corpus possessionis, pues al decirse en el segundo aparte de la norma, que posesión civil es esa misma posesión natural, unida a la intención de haberla cosa o derecho como suyo está indicando la existencia de un animus cualificador de la posesión y a su vez resaltando, la existencia en dicha institución, de los elementos comunes del corpus y el animus, indicando para el primero la posesión natural o tenencia y para el segundo, la intención de haber la cosa como propia. Tal forma de proceder, evidentemente como lo señala Espín (68), lo es también por influencia de la teoría de Savigny, aunque como se ha dicho, dista también de esta concepción, al asimilar la tenencia o detentación, a una verdadera posesión. Sin embargo a nuestro juicio, lo más significativo del mencionado artículo viene a ser, lo que verdaderamente se desprende de él y que se palpa en sus efectos a saber, en cuanto al aparte primero, el de que no obstante definirse la posesión natural como la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho, que dentro de una terminología clásica había que entender como una simple detentación, es lo cierto que dentro de una interpretación englobante del mismo en armonía con el artículo 446 siguiente, hay que desembocar que tal definición constituye ya de por sí un concepto pleno de posesión, pues tal y como lo señala Ihering, hay que entender que, en el acto por el cual el sujeto adquiere el corpus possessionis de un objeto, ya va inmerso en el mismo la voluntad de apoderarse de él, pues aquél resulta ser el hecho de la voluntad. De tal manera que en realidad, aunque en principio no se aparezca con la claridad debida, el concepto que se extrae de la posesión contenido en la mencionada de

(68) Ob. cit., p. 30.

finición de la posesión natural, tiene una singular importancia, porque concibe en última instancia a la posesión como un poder de hecho, lo que conlleva a declarar, que no todo contacto material o físico con una cosa constituye posesión, pero que además tal tipo de posesión surte efectos jurídicos (69), que aunque de ámbito más limitado que los de la posesión como dueño, la califican como una verdadera posesión. Esta forma de ver la mencionada norma, suscita de inmediato una interrogante respecto a la forma o contenido de este tipo de posesión, en el sentido de determinar, cuál es la condición en que se encuentra el sujeto con la cosa, al establecerse esta relación. Una forma de dar respuesta a la misma, que es la que vamos a seguir, es abordando de seguido el segundo aparte de la norma, cuando ésta se refiere a que la posesión civil es esa misma posesión natural, con el aditivo de la intención del sujeto, ya sea para disfrutar del derecho o hacer suya la cosa. Lo primero de notar es que la posesión civil para ser tal, además de tener la intención de haber la cosa como propia, le es necesario fundarse en la tenencia de la cosa (70), lo que de alguna manera hace resaltar la cuestión de su verdadera naturaleza o alcance de cada una de ellas, que debe resolverse a nuestra manera de ver, por el elemento intencional en el sujeto de hacer suya la cosa. Este hacer suya la cosa, lo es en el grado de apropiársela o de erigirse en dueño de la misma, pues no cabe otra -

(69) Puig Brutau, ob. cit. p. 52, manifiesta que posesión natural no es todo contacto con una cosa; pero que además, la misma ha de calificarse como un señorío de hecho sobre una cosa, susceptible de producir consecuencias jurídicas.

(70) Manresa, Comentarios al Código Civil Español, Reus S.A., 7ª edic. Madrid, 1972, p. 65.

interpretación al concepto contenido en el adjetivo posesivo "suyo", tal y como nos lo afirman García Valdecasas (71), Martín Pérez (72) y Castán (73). Esta definición es lo que debe entenderse por el animus contenido en la posesión civil, nos lleva a entenderse por el animus contenido que la intención o voluntad que radica en la posesión natural, en contraposición con aquélla, carece de características cualificadas que señalen un nivel determinado de posesión, sino que más bien el mismo hay que entenderlo, como el requisito mínimo indispensable de voluntad para la existencia de ese poder de hecho que es la posesión; sin esa mínima dosis de intencionalidad, esa relación o tenencia de la cosa se quedaría en un puro contacto físico sin mayor trascendencia jurídica; o sea, y contestando a la cuestión más arriba planteada, el sujeto cuando ejerce la posesión natural sobre un objeto lo hace de forma tal, que su intención al retener la cosa no lo es con el animus de apropiársela, sino con un animus distinto, el de retenerla para sí con independencia de cualquier connotación de propiedad y más bien, reconociendo en otro sujeto un animus de mayor jerarquía, que le da calidad de dueño sobre la cosa. Con lo expuesto surge de inmediato, después de un análisis general del artículo 430, que en el mismo se contienen dos clases de animus o intenciones, o más exactamente dos posesiones: la una denominada natural, que le depara al sujeto la potestad de retener la cosa, reconociendo en otro un animus de mayor jerarquía; y la otra llamada civil, que le confiere al sujeto el derecho o potestad de hacer o tratar como suya la cosa objeto de la posesión. Esta circunstancia ha suscitado el crite

(71) Manresa, Comentarios al Código Civil Español, Reus S.A., 7ª Edic. La Posesión, Universidad de Granada, 1953. ps. 22-23.

(72) Ob. cit., ps. 52 a 55.

(73) Ob. cit., p. 472.

rio en algunos autores como García Valdecasas (74), Albaladejo (75) y Castán (76), quienes sostienen que la misma idea ya expresada en el artículo 430, se encuentra contenida en el artículo 432 siguiente, - pues los términos que se recogen en éste último al calificar la posesión en concepto de titular y posesión en concepto de no titular, son los mismos que se expresan, cuando a la posesión natural se le llama "la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho" y a la civil se le denomina como "esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derechos como suyos" (77). Por último es de resaltar que a diferencia del Derecho romano que estimaba no poseibles los derechos por ser incorpóreos (78), el artículo 430 si prescribe la posibilidad de los mismos, acción que se realiza a través del disfrute que se haga de ellos (79) independientemente (80) de a quien corresponda el derecho sobre los mismos.

(74) Ob. cit., p. 23.

(75) Ob. cit., p. 49.

(76) Ob. cit. p. 474.

(77) Demófilo De Buen, Anotaciones a Colin y Capitant (Curso Elemental de Derecho Civil, t. II, vol. II, Edit. Reus, S.A. Madrid, 1923, p. 983), sostiene que el art. 432, no hace la misma clasificación del 430, diciendo que "En nuestro concepto el usufructuario o arrendatario son poseedores civiles, puesto que tienen como suyos los derechos de usufructo y arrendamiento y no obstante no poseen como dueños, sino como tenedores de las cosas o derechos, para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona".

(78) Petit, Ob. cit. p. 257.

(79) Castán, Ob. cit. p. 474.- Clemente de Diego, Inst. Der.Civ. Esp. Imp. Juan Pueyo, Madrid, 1929, p. 366, dice que los derechos pueden ser poseídos como cosas incorpóreas.-

(80) Albaladejo, ob. cit. ps. 41-42.

6. El Artículo 277 del Código Civil de Costa Rica

En el Libro II denominado "De los Bienes y de la extensión y modificaciones de la Propiedad", Título II, Capítulo II del Código Civil de Costa Rica, se ubica el principio de este último, denominado "Del Derecho de Posesión" y que consta a su vez de diez artículos, el numeral 277 que define lo que se entiende por posesión, diciendo: "El derecho de posesión consiste en la facultad que corresponde a una persona de tener bajo su poder y voluntad la cosa objeto del derecho".

Abstracción hecha del concepto de derecho comprendido en el mencionado texto, que analizaremos posteriormente, nos encontramos en dicha norma con los elementos "tener bajo poder" y "voluntad", que vienen a matizar, por así decirlo, la esencia de la posesión contenida en dicha norma con los elementos de dicho artículo. De momento puede pensarse que dentro de los conceptos "bajo poder" y "voluntad", se encierran los elementos tradicionales de la posesión conocidos como corpus y animus, si por los mismos entendemos, en cuanto al primero, la aprehensión de la cosa y por el segundo, la intención del sujeto de tenerla bajo ese poder. Pareciera de esa manera que el legislador quiso, al definir la posesión, dejar bien sentada la constitución de ésta, con los elementos señalados. Sin embargo, notándose que en dicho texto al mencionarse que la posesión es el poder bajo el cual se tiene una cosa, se infiere de inmediato que el concepto de "voluntad" que de seguido se inserta, viene a constituirse como superfluo e innecesario y se nos ocurre por dos razones: una, porque desde el momento en que se estima que la posesión es el poder bajo el cual se tiene una cosa, ya dentro del mismo concepto de posesión se contiene, por lo menos, un -

mínimo de voluntad e intencionalidad en la configuración de ese poder, pues de lo contrario habría que admitir que el mencionado poder se debe concebir como irracional o arbitrario, cosa precisamente desdicha - por la propia estructura interna de la norma en comentario, cuando de ella se trata de regular una institución jurídica; y la otra, porque - si se viera en el concepto "voluntad", el animus o intención por medio del cual toma color de posesión la relación de poder con la cosa, además que vendría a constituir una redundancia de conceptos por lo dicho anteriormente y por consiguiente, del todo innecesaria que más bien pudría provocar confusión, al no tener ninguna connotación cualificadora, en el sentido de dar a la posesión un grado especial de jerarquización, su permanencia en la norma se hace del todo ineficaz. De tal manera - que bastando únicamente el concepto "bajo el poder", para que ya se entienda la existencia de la posesión, el concepto de "voluntad" realmente no viene a jugar ningún papel en el contexto de la norma, por lo - que creemos, que sin ningún peligro y riesgo de alteración en la esencia y posteriores efectos de la institución, para nuestro análisis subsiguiente bien puede prescindirse del mismo. Tener bajo nuestro poder una cosa significa, ejercer sobre la misma una dominación o señorío actual, de forma estable y que se prolonga en el tiempo, haciendo abstracción de si se está autorizado o no para ello; claro, que si a ese poder se le designa como proveniente de un derecho o que en sí lo constituye es indudable que el mismo traerá el sello de lo autorizado social y legalmente. Sin embargo dicho poder puede originarse pura y simplemente de una situación no proveniente de la Ley, entendida en el sentido más amplio. En cuanto al artículo 277, como se desprende de él mismo, tal

poder se encuentra elevado a la categoría de derecho. No obstante en el numeral 279 aparte 2º que en lo conducente dice: "Independientemente del derecho de propiedad, se adquiere el de posesión: 1º...-2º.- Por el hecho de conservar la posesión por más de un año...", encontramos una situación ambivalente por medio de la cual, por un lado vemos que la posesión puede nacer como derecho de una situación de hecho - prolongada por más de un año (81) (82) y por el otro, que la misma - ley reconoce que la posesión puede iniciarse por razones eminentemente extralegales (período de tiempo anterior al cumplimiento del plazo señalado), entendida ésta como no proveniente de ningún derecho, precisamente porque más bien lo produce. De lo que tenemos que deducir - necesariamente, que si dicha posesión no proviene de derecho alguno, es porque la misma lo es de un hecho. Esto no quiere decir ni puede - ser confundido, que el derecho de poseer a que se refiere el artículo 277, no se puede tener o ejercer de hecho, entendido como que ese poder de hecho recae sobre el objeto indicado por el derecho. Ese poder de hecho para que se manifieste como posesión, debe de reunir las condiciones de una dominación o señorío sobre la cosa, de forma duradera

(81) Se ha interpretado, que el plazo de un año se encuentra reducido al de tres meses, debido a que, por disposición del Art. 653 del Código de Procedimientos Civiles, no podrá establecerse ningún - interdicto pasados los tres meses de haberse iniciado los hechos contra los cuales se reclama.-

(82) Según el anotador del Tratado de los Bienes de Alberto Brenes - Córdoba (Edit. Costa Rica, San José, 1963, p. 44), Lic. Rogeligo Sotela Montagné. "No dicen nuestras Leyes qué significa el derecho de poseer a que se refieren los artículos 279, 2º y 860 del Código".

y estable. De los diez artículos que forman el capítulo de la posesión, no existe ninguno que se refiera concretamente y directamente a este poder de hecho; existe únicamente, en el artículo 660 del Código de Procedimientos Civiles y que se refiere al interdicto de amparo, una referencia a lo que estamos planteando, cuando de él se desprende en lo conducente que: "Procede este interdicto cuando el que se halla en la posesión o tenencia de una cosa es perturbado en ella por actos que le inquieten y que manifiesten la intención de despojarlo..."; este artículo, que en esencia reproduce lo dispuesto por el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español, señala a la tenencia en relación a la posesión que allí también se nombra, como un presupuesto para la actuación de los interdictos; se nos presenta entonces como una verdadera posesión generadora de efectos jurídicos, sin que de la misma pueda deducirse, ninguna cualificación de orden jurídico que la matice de forma singular. Si ello es así, tendremos que concluir, que ese poder denominado posesión y que con el transcurso del tiempo hace nacer el derecho de posesión a que se refiere el artículo 279 inciso 2º dicho, es nada menos que la tenencia o poder de hecho que se ejercita sobre una cosa y que por expresa disposición legal se transforma en derecho. Con lo que hasta el momento se ha expuesto, extraído claramente de las normas que rigen la materia, creemos, contrariamente al criterio del anotador del Tratado de los Bienes de Brenes Córdoba citado (83) que la regulación de la posesión en el cuerpo legal en comentario, se

(83) Ob. cit., p. 36

encuentra influenciado por la Teoría Objetiva, no sólo por la existencia de la norma procesal por él citada (Art. 661 del Código de Procedimientos Civiles), sino por la concepción que se desprende - del propio artículo 277 ya comentado y que a su vez armoniza en - completa conformidad, con el artículo 660 del Código de Procedimientos Civiles, por manera que del primer numeral citado se deduce, - que la posesión es un poder de hecho que se ejerce sobre una cosa, sin que sea necesario de parte del sujeto ningún especial animus - (como el domini que exigía Savigny) para que aquélla se dé, pues - esa connotación o jerarquización en la posesión, "por razones prácticas corresponde al derecho hacerla", según propias palabras de - Ihering; y por el segundo, se establece como consecuencia de lo dicho sobre el artículo 277, que aun en el supuesto de tenencia, existe posesión (concepto rechazado por Savigny) y por consecuencia, ésta tiene la protección posesoria. Por último, y como consecuencia de lo expuesto, a la manera en que Ihering divide las relaciones - del sujeto con la cosa (84), en el sistema del Código Civil de Costa Rica se encuentran tres niveles de posesión, a saber: 1º.- Posesión de primer grado o normal, que se ejerce personalmente o por - medio de otro, que estaría regulada en los artículos 264 y 280; - 2º.- Posesión de segundo grado o precaria, la que se tiene a nombre del dueño y con título transitorio, que podría enmarcarse en los - artículos 277 y 279, 1º; y 3º.- Posesión de tercer grado o detentata

(84) La Voluntad en la Posesión..., ob. cit., p. 58, en la que nos indica cuatro niveles de posesión: 1º, la propiedad y los iura in re; 2º, la bonae fidei possessio; 3º, la posesión; 4º, la - tenencia.

ción, denominada también tenencia, que se ejerce sin título jurídico alguno y en nombre propio, que podría configurarse por los artículos 277 y 279, 2º del Código Civil y 660 del Código de Procedi—
mientos Civiles (85).

(85) Brenes Córdoba, Ob. cit. ps. 45-46, únicamente en cuanto a -
los grados posesorios señalados, pues respecto a la designa—
ción de las normas legales citadas, han sido señaladas por no
sotros.

CAPITULO SEGUNDO

I. DELINEAMIENTO DOCTRINAL DEL MEDIADOR POSESORIO

Sumario: 1.- Concepto y Estructura del Mediador Posesorio: A.- La Mediación. B.- La Relación Jurídica. C.- Poseedor Mediato e Inmediato. D.- El Derecho del Poseedor Mediato y del Poseedor Inmediato.- E.- La pretensión válida de entrega. F.- Grados.- 2.- Los artículos 431 y 432 del Código Civil Español: A.- Poseedor en nombre propio y en nombre ajeno. B.- Poseedor en concepto de dueño y en concepto distinto. C.- Nueva interpretación del Artículo 432. D.- El artículo 431 como fundamento de la Mediación Posesoria. E.- Posición Ecléctica. F.- Nuestra opinión. 3.- Los artículos 279 y 280 del Código Civil de Costa Rica.-

1. Concepto y Estructura del Mediador Posesorio

A) Se ha señalado anteriormente, según el concepto que se expresa en el artículo 430 del Código Civil Español, que si bien de dicha norma se desprende lo que debe de entenderse por posesión (tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho), es lo cierto que el dato que subjetivamente jerarquiza posteriormente la misma, es la referencia a que dicha posesión se tenga en concepto de dueño ó en concepto de no dueño, o como también se la denomina, en concepto de titular de la cosa o derecho o de no titular perteneciendo - el dominio a otra persona, que como se ha apuntado, puede derivarse tanto de artículo dicho como del 432. De las normas señaladas

se extraen para los fines del presente trabajo, básicamente los siguientes conceptos: 1º) Que la posesión se tiene tanto en las cosas como en los derechos. 2º) Que esa forma de tener la posesión - lo es como titular o dueño de la cosa o derecho objeto de la posesión. 3º) Que dicha posesión lo puede ser también como no titular o no dueño de la cosa o derecho, reconociendo en otra persona el - dominio de los mismos. Para poder dar un concepto de lo que sea el mediador posesorio, hemos de situarnos en el radio de acción que - nos señalan los tres puntos señalados, tanto para lograr su ubicación doctrinal, como para delimitar su naturaleza no sólo en el ámbito de su esfera institucional, sino en los efectos jurídicos que de la misma se desprendan. El Diccionario de la Real Academia Española define como mediador (1), el que realiza la acción de mediar, entendiendo por ésta en términos generales entre varias acepciones lo que se interpone o toma término medio entre dos entidades. Siendo las cosas o los derechos los objetos de la posesión conforme el numeral 430, o sea, el punto de incidencia de la relación que el - sujeto promueve, ha de entenderse que existe mediación posesoria, cuando entre la relación establecida entre un sujeto y una cosa, - se interpone otro con la finalidad de poseerla (2). De esa manera la mediación posesoria en principio estará integrada: 1º) Por un - sujeto que inicialmente se mantenga en relación con la cosa.- 2º) Por la cosa o derecho constitutivos de posesión y 3º) Por otro sujeto, que interponiéndose en dicha relación, viene a poseer la co-

(1) Décimonovena edición, Madrid, 1970, ps. 859 y 860.

(2) Wolff, ob. cit. p. 55.

sa que anteriormente se encontraba en posesión del primero. Como se dijo y según se desprende del contenido de los artículos 430 y 432 del Código Civil Español, la posesión puede tenerse en concepto de dueño o titular de la cosa o derecho poseído o en concepto contrario, a la manera de no dueño o no titular reconociendo en otro sujeto el dominio de la misma. Si ello es así, en la relación de mediación apuntada ha de ocurrir, que un sujeto estará poseyendo la cosa como titular de la misma y que el otro lo hará en concepto de no titular, precisamente porque dos posesiones en concepto de titular de la misma cosa se excluirían (3). Actuar en concepto de titular de la cosa significa, que el sujeto la tiene bajo su poder con el animus cualificado de propietario o de la posesión civil que indica el artículo 430, lo que equivale a que objetivamente el sujeto se comporte como si la misma le perteneciera por el gozo y disposición que manifiesta tener sobre la cosa, a la manera como lo determina el artículo 348 del mencionado cuerpo legal (4), aunque jurídicamente el derecho que exterioriza con su

(3) García Valdecasas, Ob. cit. ps. 32-33, dice: "...sobre un mismo objeto pueden concurrir posesiones de distinto grado (...), determinando el grado de cada posesión por el grado del derecho que ella exterioriza; la posesión de grado más alto es la que se tiene en concepto de dueño. Sobre un mismo objeto no pueden existir dos o más posesiones exclusivas del mismo grado (v. gr. dos o más posesiones exclusivas en concepto de dueño), pues tales posesiones contradictorias se excluirían mutuamente"

(4) Díez-Picazo, Luis, Inst. de Der. Civ. Vol. II, Edit. Tecnos, Madrid, 1974, p. 57, expresa que: "Un poseedor en concepto de dueño es una persona que realiza sobre la cosa actos inequívocamente dominicales de los cuales puede inducirse objetivamente que se considera y que es considerado por los demás como efectivo dueño de la misma".

actuación no le corresponda, pues en última instancia lo que cuenta es que con su actuación aparente ser el de dueño ante el medio social (5), o como nos lo manifiesta García Valdecasas diciéndonos que, "Por lo demás la existencia de la mediación posesoria es independiente de que exista o no el derecho del poseedor mediato..."

(6). Por otra parte, para que el objeto de la mediación sea apto para la misma, es necesario que tanto la cosa como el derecho sean susceptibles de apropiación, conforme lo prescribe el artículo 437 del Código Civil, lo que debe ser interpretado en el sentido no solo de que sean aptos para ejercerse posesión sobre ellos, sino que el poder que se despliegue pueda ser duradero. Serán entonces susceptibles de mediación las cosas patrimoniales que estén en el ámbito del comercio de los hombres y los derechos reales, así como -

(5) Font Boix, Vicente, La Adquisición A Non Domino, Rev. Crit.Der. Inmobiliario, Nov. Dic. 1967, ps. 1919-1620, quien refiriéndose a la apariencia de derecho que el non domino debe de mostrar ante el adquirente y que por analogía puede aplicarse en nuestro caso, dice: "La AND (Adquisición a Non Domino), deriva da de la apariencia, se basa fundamentalmente, en la posición del enajenante; más que en la del adquirente. Se apoya en que aquél se encuentra, respecto de dominio que se trata, en una posición de hecho de carácter formal, que le inviste de la apariencia de ser titular de dominio mismo. Entonces, la Ley en función de la tutela del tercero que actúa confiado en la apariencia dicha, utiliza técnicamente el hecho de la titularidad aparente, sustituyéndolo, como equivalente a la titularidad efectiva... De esta manera, el relieve técnico jurídico asumido por la apariencia del dominio, se traduce en favor del tercero, en una valoración del acto dispositivo, que de otra manera sería ineficaz, y surge de reflejo, para el non dominus, en cuanto titular aparente, la posibilidad de disponer eficazmente del dominio ajeno."

(6) Ob. cit., p. 26.

aquellos que, aunque nacidos de una obligación, tenga su incidencia en una cosa (7), como lo serían la propiedad, el usufructo, la prenda, el arrendamiento, etc. En cuanto al sujeto que interviene en la relación posesoria en calidad de no titular, o sea el que se interpone entre la cosa y el propietario de ésta o el que aparenta serlo es en realidad el que hemos señalado como mediador posesorio y es el que en adelante poseerá directamente y de hecho la cosa o el derecho; sin embargo su posesión como lo es en concepto de no titular, refleja una acción o actividad más limitada que aquella que despliega el propietario, debido a que su derecho es menor que éste, pues se circunscribe únicamente a la señalada en el artículo 430 como posesión natural o tenencia.

B) Delimitadas en lo que son o representan las personalidades de -
ambos sujetos, tenemos que, para que se forme la mediación posesoria es necesario que entre los dos se establezca una relación -
obligatoria u otra de cualquier índole jurídica (8), por medio de -
la cual el sujeto que estaba en poder de la cosa o derecho hasta -
ese momento, la entregue al nuevo poseedor para que éste la posea y
se la devuelva posteriormente. Sobresale de esta forma de constituirse la mediación, la causa que la origina, que lo es a través de una
relación jurídica, provenga ya la voluntad de las partes como lo sería el contrato de arrendamiento (Art. 1546) o el de préstamo (Art. 1740); o ya sea de la propia Ley; como en el supuesto del secuestro

(7) Hernández Gil, Dictámenes I, Sucs. de Rivadeneyra S.A. Madrid, 1968, p. 91.

(8) Así, Wolff, ob. cit. p. 55; Díez-Picazo, ob. cit. p. 58; Castán ob. cit., p. 475; Albaladejo, ob. cit. p. 55.

(Arts. 1785 y ss). (9). Consecuentemente con el establecimiento de dicha relación se opera el fenómeno de que, con la entrega de la cosa al mediador posesorio, el poseedor en concepto de dueño o titular que hasta ese momento detentaba la cosa, pasa a un nivel en donde va a continuar en relación con la cosa de forma, podríamos decir, inmaterial, entendida ésta, como la que se mantiene con el objeto sin tenerlo material o físicamente bajo poder directo; mientras que el mediador que hasta ese momento no poseía, pasa a detentar directamente la cosa en sustitución del anterior poseedor.

C) Por la forma en que cada uno de dichos poseedores mantiene relación o contacto con la cosa, se les ha denominado, con terminología extraída del Código Civil Alemán (10) por gran parte de la doctrina española (11), como poseedor Mediato al que se manifiesta como po-

(9) Morales Moreno, Antonio M, Posesión y Usucapión, Gráficas Orbe S. Ltda. Madrid, 1972, ps. 62-63, se expresa al referirse al Art. - 431, que el representante en la posesión tiene lugar, cuando a través de una relación jurídica originada en la ley o en la voluntad, una persona posee materialmente una cosa, favoreciendo con ello al representado. Cuando dicha situación no surge de la Ley, es necesaria la voluntad del poseedor representado y su poder se circunscribirá al título, que configurará la posesión del poseedor inmediato, asegurando la mediación posesoria en favor del poseedor mediato y la presunción de continuidad de dicho título, en virtud del Art. 436 C.c.

(10) Pérez González y Alguer, Ob. cit. p. 62.

(11) Castán, ob. cit. ps. 475-476; Albaladejo, ob. cit. p. 54; Puig Brutau, Ob. cit. ps. 59-60; Díez Picaso, Ob. cit., p. 58; De Los Mozos, José L. Tutela interdictal de la Posesión, Edit. Rev.Der. - Priv. Madrid, 1962, ps. 175-176; Melón Infante, Carlos, La Posesión de los Bienes..., Edit. Bosch, Barcelona, 1957, p. 25; Puig Peña, Federico, Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II, Edic. Nauta, Barcelona, 1966, ps. 399-400.

seedor en concepto de dueño o titular de la cosa y Poseedor Inmediato, al que recibe la cosa en concepto de no titular de la misma. En contra del uso de dicha terminología se ha mostrado Juan B. Vallet de Goytisolo, quien manifiesta que debido a que los sistemas posesorios de ambos ordenamientos son distintos, pues en Alemania la posesión se construye verticalmente en razón a que sólo las cosas son objeto de posesión, mientras que en España lo es de forma horizontal, ya que además de las cosas, los derechos son también objeto de aquélla, resulta del todo inoperante de tal distinción (12). De primer momento, la objeción de Vallet de Goytisolo se muestra no solo acertada, sino que a la vez es del todo congruente con el sistema posesorio descrito en el ordenamiento jurídico español; en efecto, si se parte del criterio esbozado en el artículo 430 de que la posesión es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho, tendremos entonces que, tanto ha de llamarse posesión al poder que se ejerce sobre una cosa, como al que se efectúa en un derecho a través de su disfrute, el que se puede poseer de hecho, cuando con fundamento en el mismo existe provecho de la cosa y como de derecho, al desplegarse un señorío jurídico en el ámbito que señala tal derecho. De esa manera entonces, "Tenencia de una cosa" y "Disfrute de -

(12) La Concurrencia de Posesiones..., Rev. Leg. y Jur. Jul.Dic.1947, ps. 564, 577 y 581, agregando que el problema ha sido agravado debido a que se han dado diversas interpretaciones sobre la posesión de derecho y la posesión de hecho, así, como que se ha pretendido aplicar al Derecho español, la terminología alemana de poseedor -mediato e inmediato, que no es acorde al Derecho español, en vista de lo dicho y de que el poseedor mediato en España, siempre será un poseedor inmediato de un derecho, distinguiendo como "señor" y "llevador", al poseedor mediato y al poseedor inmediato, respectivamente.

un Derecho", se sitúan en planos idénticos de igualdad, por representar las dos posibles formas de posesión, por lo que entonces no habría superposición de una sobre la otra y ambas podrían coexistir al mismo tiempo o como lo expresa el propio Vallet, el poseedor de la cosa (que lo sería el inmediato) realiza tanto la posesión de hecho (porque la tiene inmediatamente bajo su poder), como el poseedor del derecho (que podría ser el poseedor en concepto de titular de la cosa o de otro derecho), debido a que, al disfrutar del derecho que posee, lo hace a través de una influencia directa e inmediata sobre la cosa, como lo serían el pago de contribuciones, realización de mejoras y reparaciones en la cosa, ejercicio del derecho de inspección, gestiones de administración y actos en que se exige y acepte la sumisión del tenedor (13). Situación la anteriormente descrita que no podría ocurrir en el Derecho alemán, debido a considerarse únicamente la posesión de cosas (14) y como ésta de hecho no puede estar en poder de más de una persona (salvado el caso de la coposesión) (15), al instaurarse una serie de posesiones sobre una misma cosa, la misma ha de hacerse en forma escalonada o verticalmente, a efecto de que los poseedores que se no se encuentran en contacto directo con la cosa, puedan también poseerla de hecho a través de lo que se ha dado en llamar la espiritualización del señorío de hecho sobre la cosa (16). Esa espiritualización, según se -

(13) Ob. cit., ps. 565-566.

(14) Wolff. Ob. cit. ps. 30 a 32, 34 a 38 y 41, diciendo que esta última que "el hecho normal de la posesión -punto de partida de la posesión- es el señorío de hecho sobre una cosa (o poder efectivo)"

(15) Wolff, Ob. cit. ps. 65 a 67.

(16) Pérez González y Alguer, ob. cit., ps. 62 a 65.

desprende de lo afirmado por Vallet, sería del tdo innecesaria en el sistema español y más bien podría resultar contraproducente por la - confusión que podría introducirse, debido a que tanto el poseedor de la cosa como el del derecho, lo hacen de hecho sobre aquélla, sin tener que recurrir a conceptos inadecuados y que contrastan con el sistema. Para suplir dicha terminología, Vallet se funda en la usada - por Mucius Scaevola (17) de "señor" y "llevador", para denominar con el primer concepto al propietario de la cosa o al que aparenta serlo que sería en la terminología desechada el poseedor mediato y de llevador, al que se encuentra de hecho poseyendo la cosa en concepto de no titular, que sería el denominado poseedor inmediato en el ordenamiento germano. No obstante lo expuesto hasta el momento y como testimonio de lo conveniente y funcional que resulta la terminología - alemana señalada, incluso en el ordenamiento jurídico español, salvando eso sí, como se verá luego, los efectos de cada posesión que - en nada se vienen a distorsionar con el uso de la misma, creemos, por las razones que adelante se exponen, que bien pueden usarse técnica-mente los conceptos "poseedor-mediato" y "poseedor inmediato" como - interpretación de las figuras contenidas en el Código Civil español, debiéndose admitir algunas discreciones prácticas en el ámbito de - utilización de los mencionados términos, a efecto de dar clara delimitación a cada una. Partamos del significado de los conceptos "inmediato" y "mediato" que nos brinda el Diccionario de la Real Academia Española (18): para el primero expresa "lo que está contiguo o muy -

(17) Código Civil, t. VIII, 5ª edic. Inst. Edit. Reus, Madrid, 1948, ps. 131-132.

(18) Ob. cit. ps. 747 y 860.

cercano a otra cosa", en cuanto al segundo, "dícese de lo que en tiem po, lugar o grado está próximo a una cosa, mediando otra entre los - dos". De tal manera que al conceptualizar al poseedor inmediato como aquél que se encuentra en contacto directo con la cosa y al poseedor mediato, como el que se mantiene próximo a una cosa, mediando otra en tre los dos, estamos haciendo referencia que el concepto lingüístico tiene los mismos alcances que jurídicamente se asignan a tales figu ras, pero que además, el concepto lingüístico en ambos términos, tie ne punto de incidencia en una cosa o en una situación de característi cas similares a ésta. Ahora bien, si partimos en principio de que la posesión es según el artículo 430 y el decir de Pérez González y Al guer, de que posesión jurídica y detentación contenidas en dicha nor ma, en el fondo vienen a coincidir con el derecho germánico, al consi derar a aquélla como un "simple señorío de hecho" (19), tendremos que tanto lingüísticamente como ya se expuso, como jurídicamente, los men cionados conceptos vienen a referirse concretamente a una situación - de hecho, representada en unos casos por la tenencia de una cosa y en otros por el disfrute de un derecho, que serían los puntos últimos de incidencia que resultan desprenderse, de la actividad o posición que desempeñan tanto el poseedor inmediato como el mediato. Ejemplarice mos; en el supuesto de una cosa en relación de arrendamiento, el arren datario será poseedor inmediato de la cosa, porque la tiene bajo su - poder de hecho; el arrendante que se encuentra en posesión del dere cho, ostenta de hecho el mencionado derecho, porque puede en determi nadas circunstancias influir de hecho en la cosa, tal como la señala

(19) Ob. cit., p. 39, in fine.

Vallet. En el supuesto de que en lugar de una cosa se tratara de un derecho, ocurriría lo mismo, como sería el caso de una servidumbre, cuando el poseedor inmediato poseyendo de hecho la cosa a su vez lo haría también de hecho sobre aquélla, lo que daría la posibilidad al poseedor mediató, en el caso de que se tratara de menguar por el primero el mencionado derecho de servidumbre, de intervenir directamente por encontrarse lesionado su estado de hecho sobre el derecho. Con lo expuesto, creemos, que resulta más aceptable tal terminología en el Derecho español que en el propio Derecho alemán, debido a que en aquél, como en la relación de mediación, se dan tanto de hecho la tenencia de la cosa como el disfrute del derecho, la incidencia a las situaciones de hecho en que descansan los conceptos de "inmediato" y "mediato", se efectúa sin ninguna interferencia ni simbolismo, mientras que en éste, a raíz de estimarse que la posesión es un señorío de hecho sobre una cosa, al poseer ésta el poseedor inmediato, deja sin ninguna posibilidad de posesión al poseedor mediató, lo que ha obligado al ordenamiento jurídico a crear una ficción jurídica (20), al indicar que éste también posee y que lo hace a través de una "espi

(20) Allende, Guillermo, La Posesión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, ps. 122-123, dice: "En verdad, el poder de hecho lo ejerce exclusivamente el poseedor inmediato, que es el único que reúne los requisitos del artículo 854, el otro, poseedor mediató, seudo poseedor sería más exacto llamarlo, no ejerce ningún poder de hecho y por lo tanto, en verdad no es poseedor. ¿Posesión espiritualizada? Así se ha dicho... pero ¿esto vale tanto como reconocer la inexistencia de un poder físico sobre la cosa? Con cuánta razón algunos autores, inclusive alemanes, hablan de posesión mediatá, como posesión fingida".

ritualización del señorío de hecho", o sea, que el poseedor mediato - no obstante no poseer de hecho la cosa, se le otorgan facultades a través de la ley como si en realidad tuviera aquélla, lo que indudablemente no deja de plantear serios problemas por la circunstancia de que la Ley no puede crear situaciones de hecho (21). Podría objetarse al planteamiento anterior, que respecto a la cosa simple y directamente, el poseedor mediato estaría siempre en imposibilidad de poseerla de hecho como lo señala el artículo 430 tantas veces mencionado y que debido a ello, habría que recurrir siempre a la "espiritualización" - para que pudiera poseer de hecho la cosa, lo que conllevaría necesariamente al alejamiento del sistema impuesto en la posesión por aquella norma; sin embargo, nos parece que tal objeción se salvaría, si recordamos por una parte, que la posesión de un derecho es ineludible que recae sobre una cosa y es tal el ligamen de indisolubilidad que existe entre el primero y la segunda, que aquél (el derecho) para ejercitarse de hecho, ha de ser a través del disfrute de una cosa (22), que de esta manera aunque sea parcialmente, mantiene un con-

(21) Albaladejo, Ob. cit. p. 56.- Martín Pérez, ob. cit. p. 59, refiriéndose al tema expresa, que la concurrencia de posesiones en la construcción alemana, "... origina numerosos problemas en aquella doctrina, desde las cuestiones de validez y contenido exigibles a la relación con el poseedor inmediato que fundamenta la posesión mediata, o a la de si ha de existir coincidencia de voluntades sobre una reserva de posesión al poseedor mediato, etc., hasta las de la misma naturaleza jurídica de la posesión mediata, que es señorío espiritualizado para la doctrina dominante, posesión sin señorío para otros o posesión ficticia para Bartels y Wendt."

(22) Albaladejo, Ob. cit. ps. 44-45, dice: "El tipo de poder de hecho sobre el objeto del derecho, en que consiste la posesión de éste,

tacto de hecho con la cosa objeto de la posesión a través del derecho; ello es así, porque teniendo el poseedor mediato la posesión inmediata de su derecho, al tenerlo de hecho, influye en la cosa, no de una manera plena y directa como lo hace el poseedor inmediato que la tiene de hecho bajo su poder actual, sino por conducto de su derecho, colocándolo mediatamente respecto a la posesión directa y de hecho de la cosa. En otras palabras, el poseedor mediato debido a que tiene la posesión inmediata de su derecho (que sabemos es el disfrute de hecho de una cosa), influye en la cosa fácticamente, no obstante no tenerla en las condiciones en que actualmente la tiene el poseedor inmediato, por lo que entonces y en relación directa del poder que de hecho se ejerce por éste sobre la cosa, el poseedor mediato se coloca en una posición mediatizada al interferirse la actividad del poseedor inmediato que se despliega sobre la cosa. Por otra parte, hay que observar, que si bien la terminología usada por Vallet de "señor" y "llevador", podría adaptarse a la relación entre el poseedor en concepto de titular y el poseedor en concepto de no titular, la misma podría mostrarse insuficiente para abarcar la serie de relaciones intermedias, como más adelante veremos, que se pueden establecer entre el "señor" y el "llevador" y - prueba de ello es que una de las críticas que la doctrina ha dirigido en contra de la postura de Vallet, es precisamente la de confundir la posesión mediata con el derecho de propiedad, lo que indudablemente pon-

(22) (cont.pág. ant.) es - presupuesta la diversidad de situaciones- análogo al poder al poder de hecho sobre la cosa, en que consiste la posesión de ésta. Así pues, ha de tratarse de un poder, no en el sentido de que quepa verificar algún tacto aislado sobre el objeto del derecho, sino en el de que tal objeto nos quede sometido de forma duradera (al menos tendencialmente)".

dría el serio obstáculo de impedir el escalamiento en grados, a que puede dar paso la posesión mediata, ya que al subsumir la posesión mediata con el derecho de propiedad, hace entonces imposible la existencia de otros poseedores mediatos, pues como se ha dicho, más allá del derecho de propiedad no puede darse ningún otro derecho (23).

D) Con referencia al derecho que cada poseedor tenga en la serie de relaciones que se instauren a partir de la formada entre el poseedor en concepto de titular y el no titular, incluyendo éstas, lo serán siempre como poseedores inmediatos, pues precisamente éste les deviene siempre de aquélla y ha de constituirse como el requisito mínimo indispensable, no sólo de existencia de la relación de mediación, sino del ejercicio que supone las relaciones que se establezcan entre poseedores y entre estos y la cosa. En esa misma línea de pensamiento habría que decir, a excepción del poseedor inmediato, que los poseedores mediatos que se encuentren en la mencionada relación lo serán a la vez, poseedores inmediatos del derecho que ostenten y poseedores mediatos en relación con la cosa. Lo anterior nos lleva a establecer que no obstante, el número de poseedores que intervengan en la relación, el derecho del poseedor en concepto de titular de la cosa siempre será mayor y más amplio, que los derechos de los poseedores mediatos-medidores y, desde luego, que el que ostente el poseedor imediato. Ello ocurre así, porque aquél representa, aunque sea en apariencia, el derecho pleno de propiedad que es el más amplio y fuerte que se puede tener sobre una cosa, premisa que nos lleva a la conclusión de que el derecho del poseedor inmediato, así como el de los demás me

(23) García Valdecasas, Ob. cit. p. 26; Martín Pérez, Ob. cit., ps. 61 a 64.

diadores, serán siempre expresión de un derecho, a) derivado, b) limitado y c) más débil que el del propietario (24).

a) Se preguntará y con razón, aunque sea sólo aparente, por qué el derecho del poseedor inmediato tiene que ser derivado, si como ha quedado establecido, por lo menos en cuanto se refiere a la constitución -convencional de la mediación, ésta se produce cuando dos sujetos concurren en la relación en igualdad jurídica? En realidad, la igualdad jurídica se refiere a que ambos sujetos concurren en la relación obligacional para adquirir derechos y contraer obligaciones; pero, indudablemente, que en cuando a la referencia del derecho real de propiedad hay que admitir, que es el sujeto en concepto de titular de la cosa ó derecho, el que se encuentra en posición superior a aquél que concurre en dicha relación, precisamente con el fin de adquirir la cosa ó derecho objeto del derecho de propiedad; y si ello es así, el derecho que el poseedor inmediato adquiere, no puede ser, ni superior al de -propiedad, porque como se dijo, éste es el derecho pleno y superior -por excelencia, o sea, que más arriba de él, no existe un derecho superior; ni tampoco podría ser igual al derecho de propiedad, porque -entonces lo que podría formarse sería una relación de condominio o copropiedad (25) y nunca de mediación. De manera que, hay que concluir, que el derecho del poseedor inmediato es la expresión de un derecho -

(24) Wolff, ob. cit., ps. 56-57; Puig Peña, ob. cit., p. 400; Morales Moreno, ob. cit., ps. 80-81, expresa que el tenedor no dueño al recibir la cosa lo hace en tal concepto, debido a que el título en que se fundamenta su posesión, no tras-lativo de dominio, es el único que cualifica objetivamente la posesión.

(25) Donderis Tatay, Luis, La Copropiedad, 1ª edic. Reus, Madrid, 1933 ps. 84-85.

derivado del de propiedad, circunstancia ésta que lo singulariza como un derecho no-autónomo y dependiente del de propiedad, debido a que el título en que se fundamenta lo es en carácter de no-traslativo de dominio, debiéndose tener en cuenta, que el concepto de derivado, ha de aplicarse concretamente al derecho adquirido y nunca al de posesión, pues ésta como hecho, es bien sabido, que no admite transmisión.

b) Pero, además, como derivado de un derecho superior, el derecho del poseedor inmediato resulta ser limitado, por el carácter del título en que se apoya (proveniente del dominio) (26), lo que de alguna manera se refleja en las palabras de Miguel Moreno Mocholi, cuando refiriéndose a las relaciones arrendaticias, que para el sub-judice son de aplicación, nos dice: "El arrendador cede sin menoscabo de su derecho, a cambio de un precio, y el arrendatario privado de participación en toda potestad, sólo ve en la cosa arrendada el rendimiento que ha de producirle, o su más cómoda o eficaz utilización..." (27) (el subrayado es nuestro). Por su parte, Roca Sastre haciendo resal-

(26) Morales Moreno, Antonio M. La Inscripción el Justo Título de Usucapión, Anuario Der.Civ.Oct.Dic., 1971, ps.1131 a 1133, quien sosteniendo que la posesión en concepto de dueño es la que ha de servir a la usucapión, dice que, "El hecho posesorio, normalmente inexpressivo del concepto en que se posee, es exponente de la actividad del poseedor, dominada por la intencionalidad de actuar conforme a un concreto derecho. A su vez, la voluntad del sujeto al referirse a la posesión estará, normalmente, adaptada al título por virtud del cual se adquirió... El título de adquisición - cristaliza la voluntad del poseedor y el derecho la presume subsistente... Puede, por ello, decirse que el título de adquisición configura, en principio, el concepto en que se posee..."

(27) Sobre la Nat.Jur. del Der. del Arrendatario, Rev. Leg.- Juris., Ene-Jun. 1948, p. 31.

tar el aspecto limitado del derecho del poseedor inmediato, bajo el expediente de señalar los poderes que el arrendador tiene en una relación de ese tipo, nos dice que el arrendatario carece de poder inmediato, autónomo, y sin intermediarios sobre la cosa arrendada, pues si goza de ella es gracias a la actividad constante del arrendador - que se manifiesta: 1º) al entregarle al arrendatario la cosa para que la disfrute; 2º) a hacer en la cosa todas las reparaciones necesarias para conservarla para el fin a que ha sido destinada (Art. 1554, 2º); 3º) a mantener al arrendatario en el uso y goce específico del arrendamiento (Art. 1554, 3º); 4º) a responder por los vicios o defectos de la cosa (Art. 1553; 5º) y a remover toda perturbación de terceras personas, con tal de que no sean de mero hecho (Art. 1560). De lo expuesto, continúa, se deduce la poca autonomía con que se produce el arrendatario en el goce de la cosa arrendada y prueba de ello es que, termina textualmente, "La cosa arrendada no está al servicio del goce directo del arrendatario, sino indirectamente por mediación del arrendador. Y es tan ténue la relación con la cosa, que cuando alguien perturba el disfrute de la finca, siempre que no sea de mero hecho, tiene el arrendatario que acudir al arrendador para que elimine el obstáculo y restaure el goce pacífico, pudiendo sólo exigir de éste, en su caso, la correspondiente indemnización de perjuicios" (28). No obstante que compartimos los conceptos de limitación que expresa el autor antes mencionado, en cuanto al derecho del arrendatario (poseedor inmediato), nos parece sin embargo impropio afirmar, que el arrendatario no goza directamente de la cosa sino que lo hace por mediación -

(28) Ob. cit. ps. 40-41

del arrendador, pues si con ello se quiere significar que el derecho del arrendatario es derivado y limitado, ya de por sí de la índole - del título de éste se deducen tales extremos, pues es indudable que de alguna manera el arrendatario disfruta directamente, aunque con - restricción, de la cosa objeto del convenio, pues de otra manera no podría explicarse, como lo afirma el propio autor en comentario, el que el arrendatario, sin necesidad de recurrir al arrendador en su - auxilio, pueda defender de hecho su posesión sobre la cosa, lo que - equivale a decir de alguna forma, que la perturbación de hecho lo es sobre el disfrute, uso o conservación que aquél tenga sobre la cosa y que en consecuencia existe una lesión al derecho del arrendatario, cuyo contenido es el disfrute apuntado (29).

c) Por último, y como corolario de los elementos característicos antes señalados, hay que decir que el derecho del poseedor inmediato ó mediador posesorio es el reflejo de un derecho más débil y de menor alcance que el de propiedad de donde proviene, pues como se ha apuntado, éste es el derecho supremo que puede tenerse sobre una cosa y como tal, faculta al titular del mismo a realizar sobre la cosa, todas las actividades que imaginar se puedan, con las limitaciones que la ley impone (Art. 348, 1º) para la disposición parcial o total de la misma; de donde se deriva que, si el mediador posesorio deviene - su derecho del de propiedad, siempre sucumbirá ante la mayor fuerza

(29) Messineo: Ob. cit. p. 216, expone que existe una clase de detentación en la que existe relación con la cosa, pero en interés propio del detentador y como medio para ejercitar un derecho propio como sucede con el usufructuario, arrendatario, comodatario, acreedor pignoraticio, etc.

o potencia de éste (30), pues el título en que se funda, como ya se dijo, tiene alcances menores y más frágiles que el título de propiedad de donde proviene.

E) Hemos visto que la mediación posesoria se establece por medio - de una relación jurídica, ya sea fundada en la Ley o en la voluntad de las partes. Además de las delimitaciones que la misma impone en torno a los derechos y obligaciones de las partes, la relación jurídica supone también una pretensión válida de entrega de la cosa en el poseedor mediato y consiguientemente, la obligación del mediador de cumplirla al término o momento en que esté así señalado (31). La pretensión de entrega se presenta como un derecho que ^Qama-
na de la relación jurídica establecida y por esa razón, debe estimar se que se encuentra contenida en todo poseedor mediato, sin que necesariamente éste deba ser el propietario de la cosa. Adelantábamos más arriba, que entre poseedor mediato en concepto de titular y el poseedor inmediato en concepto de no titular, podía formarse una - serie de posesiones intermedias; de esa manera, todas las posesio-
nes mediatas existentes tendrán a su favor una pretensión de entre-
ga en contra del poseedor inmediato que derive su derecho de aquél. Esto, como una lógica consecuencia, plantearía el problema de cuál

(30) Hernández Gil, Algunos Problemas en torno a la Posesión, Ob. - cit. p. 613, quien afirmando la condición de derecho de la posesión por la protección jurídica que se le otorga, sostiene - que "Esta protección no es ciertamente de la misma intensidad que la que se dispensa a la propiedad; si se ponen en conflicto la mera posición y la propiedad, tendrá aquélla que ceder" y - si bien el propietario debe abstenerse ante la posesión, "... cuando éste actúa por las vías legales y demuestra su mejor - derecho, cede la posesión ante la propiedad".

(31) Martín Pérez, Ob. cit., p. 59.

•

sería la oportunidad en que cada una de las pretensiones se haga efectiva, o si alguna es prepotente ante las demás o si pudieran presentarse colisiones entre ellas. Como la pretensión de entrega se origina en la relación jurídica y ésta a su vez, conforma el título por el cual se posee (32), es en el título, creemos, donde se debe encontrar la solución al momento u oportunidad en que deba hacerse efectiva la pretensión de entrega, que por consiguiente indicará a quien deba de corresponderle la misma y en consecuencia, eliminaría la posibilidad de una hipotética colusión de derechos sobre los poseedores mediatos. Sin embargo, lo que si no puede faltar para que se constituya la posesión mediata, es la pretensión de entrega (33), pues como fácilmente se comprenderá, que si la posesión in mediata se constituye como derivación de la mediata y la misma lo es con título limitado y no traslativo de dominio, el poseedor mediato, cualquiera que éste sea, tendrá siempre la posibilidad de recobrar la cosa, en ejercicio de la facultad que le otorga el título que ostenta. Ha de entenderse también, que en el supuesto de cederse el título por el cual el poseedor mediato constituye su derecho,

(32) Saleilles, La Posesión..., p. 303, afirma que: "La característica de la posesión es el título de ella; él es quien pone de manifiesto su carácter, él quien adiciona el estado de hecho posesorio el factor característico que le faltaba. El derecho no toma en consideración un estado de hecho tal como se ofrece y desprovisto del origen jurídico: para que lo tome en cuenta, necesita hacerlo en conjunto, en la complejidad de sus causas, con sus precedentes y consiguientes".

(33) Wolff, ob. cit. p. 58, en contra de Saleilles, ob. cit. p. 376: "...para que haya poseedor mediato no basta que el poseedor directo venga obligado a restituir la cosa, si bien esta condición es el factor primero exigido por el artículo 868 para constituir una posesión mediata".

la pretensión de entrega pasa al adquirente, precisamente porque ésta trae causa de una relación jurídica en la que el cedente ha dejado de participar (34). La pretensión de entrega, aunque semejante a la acción reivindicatoria, ha de diferenciarse de ésta, pues mientras aquélla nace de la específica relación jurídica de que se trata y radica en todos los poseedores mediatos, la reivindicatoria es emanación exclusiva del dominio y en consecuencia perteneciente nada más al propietario (Art. 348, 2º). La pretensión de entrega a su vez debe ser válida, esto es, que autorice al poseedor mediato para la recuperación de la cosa, aunque no necesariamente debe de ser él directamente quien la ejecute, pues dicha acción puede estar a cargo de un representante o un encargado directo del poseedor mediato. Como proveniente de una relación jurídica, la pretensión de entrega ha de requerir que aquella a su vez sea válida también (35). Lo que supondría, en caso de invalidez de la relación jurídica y consiguientemente inexistencia de la posesión mediata, que habría que entender que el poseedor inmediato ha perdido la causa jurídica o título por el que poseía, pues su título deviene de dicha relación jurídica y entonces su situación jurídica no sería la de un poseedor de derecho, sino más bien, a nuestro entender, se transformaría en la de un poseedor precario (36), pues, al decir de Latour Brotons

(34) García Valdecasas, La Poesía, ob. cit. p. 44, afirma que la posesión mediata puede adquirirse, además de otras formas, mediante la transmisión de la pretensión de entrega.

(35) Wolff, ob. cit. p. 59.

(36) Reyes Monterreal, José Mº, La figura del Precario, Rev. Leg. Jur. Jul. Dic. 1965, p. 64, afirma que, "parece ser unánime la doctrina que considera como esencial en el precario la total ausencia de título legitimante de la detentación..."

(37), el precario no es más que una simple situación posesoria, pues su causa o razón de ser le deviene de la mera liberalidad o tolerancia del poseedor real, afirmando seguidamente que, "en consecuencia quedan fuera de la órbita del precario todos aquellos supuestos en que la posesión como hecho traiga causa de un derecho a poseer derivado de un derecho real u obligacional...", lo que llevaría definitivamente a la conclusión de que, no poseyendo entonces el poseedor inmediato (aunque en tal supuesto no lo sería) mas que en forma de un precarista, sus actos no perjudicarían al poseedor titular al tenor del artículo 444 y en consecuencia, éste puede recuperar la cosa en el momento en que lo desee, por el solo ejercicio que le da el derecho contenido en su título.

F) Se ha indicado ya que entre poseedor mediato e inmediato es posible que puedan existir otros poseedores, que se denominarían mediatos-mediadores, porque sin poseer la cosa mantienen con ella - una relación jurídica semejante a la del propietario (en el supuesto de poseerla a través de su derecho) y a su vez, se interpondrían entre éste y la cosa a la manera de mediadores; tal relación ocurriría por ejemplo, cuando el propietario entrega la cosa en usufructo el usufructuario la arrienda y el arrendatario la subarrienda y éste a su vez la da en depósito. Todos, con excepción del depositario

(37) El Precario, Rev.Der.Priv., Dic. 1959, ps. 1070-1071; igualmente Ferrer Martín, Daniel: El Precario y el Juicio de Desahucio Rev.Der. Priv., Abr. 1952, p. 305, el que estima la existencia de un doble concepto de precario, uno romano restringido y el otro amplio que "...admite en el precario todos los supuestos de ocupación, tenencia o disfrute de un inmueble sin título, ya porque no se ha tenido nunca..." como sería el caso en examen.

que tendría la cosa bajo posesión inmediata, serían poseedores mediatos de la misma, pero a su vez y a excepción del propietario, serían mediadores de éste en la tenencia o posesión de la cosa (38). Cada - mediador posesorio como se ve, deviene su derecho de una específica relación jurídica con el poseedor inmediato superior a él y es en - ella en donde se delimitan sus derechos y obligaciones en relación - con la cosa poseída y el otro poseedor. Los mencionados grados posesorios tienen origen ya sea en una relación creada por el propietario, como lo sería el caso de una finca dada en arrendamiento y posteriormente sobre la misma se crea un usufructo, o por el poseedor - inmediato, cuando éste, teniendo la cosa en arrendamiento, la entrega en subarriendo a otro; como se aprecia, el derecho del poseedor - inmediato puede tener carácter real como el usufructo o carácter personal como el subarriendo, ser oneroso o gratuito y puede ser que el - poseedor actúe de buena o mala fé, como lo apunta el mismo Albaladejo. Esa variedad en el origen de la relación jurídica, que a su vez genera derechos y efectos distintos en cada una de las posesiones, - motiva que las relaciones entre los diversos poseedores mediatos, - sean de diversa naturaleza (39), razón por la cual suscitara la im-

(38) Albaladejo, Ob. cit., p. 55: Hedeman Justos Wilhelm. Tratado de Derecho Civil, Vol. 2º, Edit.Rev. Der.Priv., Madrid, 1955, nos dice que "El "poseedor inmediato", que deriva su posesión de un poseedor mediatos", puede trasladar la posesión a un tercero: - arrendador, inquilino, subalquilado. Entonces, solo el subalquilado, es "poseedor inmediato"; los otros son "poseedor mediatos" p. 56.

(39) De Castro, Federico. Cesión del Arrendamiento... Rev.Leg.Juris., Ene.Junio, 1930, p. 133, nos dice que "El subarriendo es una relación contractual de igual naturaleza que el arrendamiento primero; tan solo recibe su carácter específico del hecho de que -

posibilidad, por lo menos obligacional, de que entre los diversos poseedores mediatos puede existir una relación jurídica, al margen de la que le ha dado origen a la posesión específica de que se trate; - así tendríamos que entre usufructuario y depositario, en el ejemplo antes indicado, no habría ninguna relación jurídica y en consecuencia, ni derechos que ejercitarse ni obligaciones que cumplir entre - ambos. Sin embargo, nos parece que habría la posibilidad de que tales poseedores se relacionaran a través del común interés que los mantiene unidos con la cosa, debido a que en el ejercicio del derecho que cada uno tenga sobre ésta, pueden resultar colusiones en el diverso ámbito de facultades asignado a cada uno por su derecho específico. En semejante situación habría que recurrir a la específica relación de cada poseedor y el título en que se posea, para dirimir el campo propio de acción de cada poseedor. Sería posible también que un poseedor se encontrara al mismo tiempo en dos grados diferentes (40), como ocurriría en el caso de que un propietario, que habiendo dado en usufructo la cosa, la tome luego en arriendo, ocupando entonces el grado de poseedor mediano en concepto de propietario y de poseedor inmediato como arrendatario. Sería factible también, por las diversas combinaciones que podrían obtenerse, que de poseedor inmediato pueda pasarse a poseedor mediano, como se indicó, en el caso de que un arrendatario de la cosa en subarriendo, o deviniendo su condición de arrendatario de un usufructuario, aquél compra la cosa, - pasando a poseedor mediano como propietario y el usufructuario de -

(39) (cont. pág. ant.) ...el arrendador sea a su vez arrendatario, hecho que lleva consigo la posibilidad de relaciones entre el subarrendatario y el arrendador primitivo".

(40) Wolff, ob. cit., p. 60.

poseedor mediato pasaría a inmediato, en el supuesto de que aquél hi ciera abandono del arrendamiento.

2. Los Artículos 431 y 432 del Código Civil Español

A) En la doctrina española encontramos que la figura de la mediación posesoria, ha sido vista por un grupo de autores contenida en el artículo 431, mientras que para otra corriente doctrinal ha de encontrarse en el artículo 432, sin falta algún autor que estime que dicha institución, concebida como una concurrencia de posesiones sobre una misma cosa, ha de desprenderse de la conjugación armónica que se haga de ambas normas. Sin embargo, tales artículos, en el inicio de la vigencia del Código Civil, tuvieron una interpretación distinta a las antes enunciadas, creyéndose ver en ellos instituciones creadas por el Derecho romano. En efecto, en lo que corresponde al artículo 431 — que textualmente dice: "La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre", se interpretó, además de ver en ella formas varias de ejercer la posesión que iban desde la tenencia a la posesión superior del dueño (41), que contenía la clásica división entre poseedor en nombre propio y poseedor en nombre ajeno (42), de manera que — en el primer caso, se estaría cuando es el propio dueño o propietario de la cosa, quien además de tenerla, ejerce sobre ellas las faculta—

(41) Sánchez Román, Felipe, Est. Der. Civ., tomo III, Est. Tip. Suc. de Rivadeyra, Madrid, 1900, ps. 434-435.

(42) Valverde y Valverde, Calixto, Trat. Der. Civ. Esp., tomo II, 3ª Ed. Tall. Tip. Cuesta, Valladolid, 1925, ps. 320-321.— De Buen, Anotaciones a Colin y Capitán, Ob. cit., p. 962.— De Diego, ob. cit. ps. 366-367.— Manresa, Ob. cit. ps. 86 a 90.

des que su derecho le confiere; mientras que en el segundo caso sería el supuesto, de que una persona distinta al dueño de la cosa, ejerce actos de posesión sobre la misma, pero a nombre de éste, o al decir - de Scaevola (43), que son aquellos poseedores con causa jurídica convencional o legal, pero con una disponibilidad de la cosa limitada, - condicionada y muchas veces regida por otra disponibilidad más extensa, más amplia, más soberana; manifestando literalmente que "A estos poseedores se les ha venido llamando poseedores por otro, poseedores en nombre ajeno (alieno nomine)". Por su parte, Manresa sostiene, que el artículo 431 obliga a una consideración o distinción previa a su - posterior análisis, determinada en hacer clara comprensión entre el - hecho de poseer y el derecho a poseer, de tal manera que, cuando un - sujeto a quien corresponde el derecho de posesión tiene o disfruta la cosa, se dice entonces que la posee por sí mismo; al tanto que, cuando el hecho y el derecho se hallan separados, el que tiene de hecho - la posesión se dice que posee en nombre de otro, como sería el caso de los representantes legítimos y los mandatarios; concluyendo, que la - norma en comentario facilita al discernir el de que cada derecho requiere una posesión especial, la circunstancia de que al relacionarse unos derechos con otros, sea posible que una misma persona pueda poseer una cosa en nombre propio bajo un concepto y en nombre ajeno bajo concepto distinto (44).

B) Respecto al artículo 432 que dice, "La posesión en los bienes y de de rechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos

(43) Ob. cit., p. 131

(44) Ob. cit., ps. 88-89.

perteneciendo el dominio a otra persona", se vió por DeBuen (45), Valverde y Valverde (46), Scaevola (47) y Manresa (48), que dicha norma contenía una enunciación clasificatoria en la forma en que podía tenerse la posesión: esta podía ser en concepto de dueño cuando la persona que ejercía un poder sobre la cosa, lo hacía como si la misma - le perteneciese, aunque sólo fuese en apariencia como expresa el mismo Manresa; o podía tenerse la misma en concepto de no dueño, cuando poseyendo una cosa para conservarla o disfrutarla, se reconocía al - mismo tiempo en otra persona al verdadero dueño de la misma. Por su parte, Valverde señala ya, que entre el contenido del artículo 430 y 432 no existe en realidad ninguna diferencia, ya que ambos aluden a la misma clasificación de la posesión en concepto de dueño y en concepto de tenedor reconociendo el otro el dominio de la misma. Pero - resulta, a nuestro juicio, más aguda la interpretación que Scaevola efectúa del artículo 432, pese a estimarlo en principio como de "estructura sencilla y comprensión fácil", que conviene hacerla constar con sus propias palabras, pues creemos que en la misma ya se encuentra parcialmente la cimiento de la actual interpretación, que como - veremos, ha sido trasladada del ordenamiento alemán al español; de - esta manera se expresa: "En contraposición al concepto de dueño, hallamos el concepto de no dueño, o dicho con las palabras del artículo 432, en concepto de tenedor de la cosa para conservarla o disfrutarla. La noción de mera tenencia arguye en el tenedor el reconoci- miento del dominio de la cosa tenida, referido a una determinada per

(45) Anotaciones a Colin y Capitant, Ob. cit., p. 984.

(46) Ob. cit., p. 323.

(47) Ob. cit., p. 215.

(48) Ob. cit., ps. 100-101.

sona, natural o jurídica, esta persona puede ser conocida o desconocida por el mero tenedor. Además, la tenencia puede traer su origen, o de la sola voluntad del tenedor, como sucede en el caso de la cosa mueble perdida y ocultada por quien la encontró, o de pactos jurídicos que revelen la voluntad acorde de los estipulantes, y de los cuales derive la tenencia como un medio indispensable para el cumplimiento del fin pactado. ¿A cuál de estos orígenes alude el art. 432? Opinamos que al segundo, es decir, el texto se refiere a la tenencia que podríamos calificar de legal, a la que el código alemán al reconocer la simultaneidad de dos posesiones en una misma cosa, llama posesión directa. Si así no fuese, nuestro código se habría concretado a mencionar el concepto de tenedor de una cosa o derecho, absteniéndose de particularizar el fin peculiar jurídico de dicha tenencia.

El usufructuario, el arrendatario, el comodatario, el anticresista, el usuario, el que tiene el derecho de habitación y, en cierto modo, el enfiteuticario, participan de los beneficios de la cosa... Pero - tanto unos como otros reconocen el dominio del propietario" (49). - Con tal concepción, no sólo se hace una pequeña referencia a la institución posesoria contenida en el Derecho alemán que ha servido para fundar la interpretación actual de dicha norma, sino que, hace - una clara y decidida fundamentación del origen de la posesión de tenedor o en concepto distinto del de dueño, basada en la relación jurídica que se establece entre el poseedor en concepto de dueño y el poseedor en concepto de no dueño.

C) A partir de la traducción y anotación del Tratado de Derecho Civil de Enneccerus-Kipp-Wolff por parte de Pérez González y Alguer

(49) Ob. cit., ps. 221-222.

se introdujo en la doctrina española una nueva interpretación del ar
tículo 432 del Código Civil (50) por medio de la cual, al parangonar
el parágrafo 868 del BGB con dicha norma, se estimó que en la misma
se contenía perfectamente la clasificación entre poseedor mediato e
inmediato regulado en el Código tedesco. Para llegar a tal conclusión
los mencionados autores consideraron, que si el concepto de posesión
es susceptible de grados como se desprende de los artículos 430 y -
432, en donde la posesión se puede tener independientemente (como lo
sería la posesión natural o en concepto de no dueño) o perteneciéndo
le la cosa como titular (posesión civil o en concepto de dueño), no
puede negarse que en esta última norma el sujeto que actúa como due-
ño o que aparenta serlo, cuando concurre otro poseedor en condición
de arrendatario, usufructuario u otro semejante, es también poseedor.
Ello resulta de tal forma, porque sin apegarse a lo dispuesto por el
artículo 430 dicho, en el sentido de admitir únicamente como posesión
la tenencia material de una cosa, conviene entonces entender que en
una figura como la descrita por el artículo 432, el poseedor en con-
cepto de dueño no obstante no detentar materialmente la cosa se le -
considera como un poseedor, pues la concepción material de la pose-
sión se ha variado por una espiritualizada, a la manera como ha sido
estructurada en el ordenamiento alemán; y terminan el anterior razona
miento diciendo "Por ello, si consideramos, además, que en toda rela
ción de posesión ha de haber alguien que detente la cosa, podremos -
afirmar la existencia de un poseedor inmediato y mediador posesorio
o poseedor superior. Unicamente cesará ese escalonamiento cuando haya
un poseedor único sin mediador posesorio". Por otra parte, la circuns

(50) Espín, ob. cit., ps. 34-35.

tancia de existir con relación a una cosa, dos sujetos que a la vez poseen, uno directa y otro indirectamente, supone entre ellos una relación jurídica, que además de catalogarlos como verdaderos poseedores, condiciona la posesión, teniendo el poseedor directo la cosa para disfrutarla o conservarla reconociendo en otro la propiedad de ésta implica que éste mantiene un derecho o pretensión a su favor, para hacerse entregar la cosa de aquél (51). Del anterior planteamiento, la concepción que puede juzgarse como la fundamental y la que prohíbe las restantes adaptaciones al ordenamiento español, es precisamente la espiritualización que se realiza de la posesión como hecho y diríase que es debido a ella, a esa abstracción que se efectúa de la tenencia actual y material de la cosa, que logra tener entrada en la doctrina española, la concepción alemana sobre la posesión mediata. Esa interpretación ha tenido una gran repercusión dentro de los autores españoles (52), siendo suscrita por un número considerable de ellos, entre los que podemos citar a Melón Infante (53), De Los Mozos (54), Díez-Picazo (55), Rodríguez Solano (56), Puig Bru—

(51) Anotaciones al Derecho de Cosas de Wolff,... ob. cit. p. 62.

(52) Giménez Arnau, Enrique. La Inscripción de la Posesión, Rev. Leg. y Juris. Ene-Jun., 1944, ps. 257-258, sostiene que la figura del mediador posesorio y la distinción entre posesión mediata e inmediata, no están reconocidas por el ordenamiento español, por lo que cabría mejor ensayar una interpretación del Art. 432 en el sentido de ver en el poseedor en concepto de no dueño a un representante del titular del ius possidendi, por lo que entonces resultaría un sólo poseedor de hecho.

(53) Ob. cit., ps. 25-26.

(54) Ob. cit., ps. 175-176.

(55) Ob. cit., p. 58.

(56) La Posesión como objeto..., Rev. Not. (Centenario) V.II, Sec. III, 1962, ps. 268-269.

tau (57), Puig Peña (58), Castán (59), García Valdecasas (60), Bonet Ramón (61) aunque estos tres últimos hacen descansar la institución en comentario en el artículo 431; Espín (62), quien aunque no reconoce explícitamente la terminología de poseedor mediato e inmediato, si entiende que en el artículo 432 se da una concurrencia de posesiones en donde un poseedor tiene la tenencia de la cosa y el otro la posee de manera espiritualizada, importando fundamentalmente que dicho artículo hace la distinción entre poseedor en concepto de dueño y en concepto de no dueño; Prieto Castro (63), Gómez Orbaneja y Herce Quemada (64), de la Plaza (65) y Albaladejo (66), estimando este último autor, que si bien puede construirse la mediación posesoria en el ordenamiento jurídico español, en donde ha de entenderse comprendidos el poseedor mediato y el poseedor inmediato, debe de quedar claro que si este último tiene la tenencia de la cosa, la posesión de aquél ha de consistir en la posesión del derecho y no, en la espiritualización del señorío de hecho, de la forma en que ocurre en Alemania, porque, si bien admite que el poseedor mediato tiene atribuciones en la cosa, estima equivocado pensar que constituye el discutido poder de hecho, pues "la posesión mediata es siempre posesión como derecho, nunca co

(57) Ob. cit., ps. 55 a 60.

(58) Ob. cit., ps. 399-400.

(59) Ob. cit., p. 477.

(60) Ob. cit. p. 25.

(61) Cod. Civ. Comentado, 2ª Edic. Madrid, 1964, p. 387.

(62) La Adq. de la Pos. Inmaterial..., Pub. Sem. Der. Civ., Salamanca 1965, ps. 18-22.

(63) Der. Proc. Civ., V. II, Edit. Rev. Der. Priv. 1968, p. 100

(64) Der. Proc. Civ., V. II. Edic. Art. Gráf. 7ª Edic. Madrid, 1975, p. 36.

(65) Der. Proc. Civ., V. II. Edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1943, ps. 50-51

(66) Ob. cit., ps. 37, 38, 54 y 55.

mo hecho.

D) Como ya apuntábamos anteriormente, una corriente doctrinal, aceptando la existencia en el ordenamiento jurídico español de las figuras del poseedor mediato e inmediato y como consecuencia de ello también la del mediador posesorio, sin embargo, hacen descansar tal distinción en el artículo 431 del C.c. En vano se intentaría ver reflejada en este último, la conocida distinción romana entre posesión en nombre propio y posesión en nombre ajeno. Para el Derecho romano sólo el poseedor en concepto de dueño poseía en nombre propio —excepción hecha de los casos de posesión derivada—; el mero detentador, o poseedor natural, poseía siempre en nombre de aquél; dicho —con otras palabras, carecía de una verdadera posesión jurídica, era un simple instrumento a través del cual poseía el poseedor jurídico. Pero, en nuestro Derecho, ya sabemos que tiene una verdadera posesión jurídica, tanto el que posee la cosa en concepto de dueño —el derecho en concepto de titular del mismo— como el que posee en otro concepto distinto. Según nuestra interpretación el poseedor en nombre ajeno del artículo 431 es el mediador de la posesión de otro (el poseedor mediato) en cuyo nombre posee. Es verdadero poseedor protegido jurídicamente en su propio interés, pero, al mismo tiempo, es medio o instrumento a través del cual conserva y ejerce la posesión el poseedor mediato superior" (67). Castán, haciendo suyo el anterior razonamiento, como antes se indicó, combate la tesis de Pérez González y Alguer que creen ver en el artículo 431 la figura del servidor de la posesión, institución existente en el ordenamiento alemán, bajo

(67) García Valdecasas, Ob. cit., p. 27; Bonet Ramón, cita supra, (61)

el argumento de que "... aunque la figura del servidor de la posesión exista indudablemente en la realidad jurídica, no encaja bien en una clasificación de la posesión como la que formula nuestro artículo 431 ya que el que ejerce un poder de hecho sobre la cosa en exclusivo interés de otro y habiendo de sujetarse por completo a sus intenciones, no es verdadero poseedor: cuando menos, llamésele como se quiera, lo cierto es que no goza de ninguna de las ventajas jurídicas de la posesión". (68).

E) Existe por último una tercera posición doctrinal, que a manera - conciliadora o intermedia entre las dos expuestas, considera, que la distinción entre poseedor mediato e inmediato, ha de extractarse de la interpretación armónica entre los artículos 431 y 432 del Código Civil. En efecto, si se parte, dice Martín Pérez (69), de la concepción de que puede tenerse la posesión a través de otro (Art. 431) y si éste a su vez, puede ser poseedor (Art. 432) resulta de ello la posibilidad de una concurrencia de posesiones sobre la misma cosa, por donde, el que posee a través de otro será el denominado poseedor mediato, mientras que el que tiene la cosa materialmente será el inmediato. Para llegar a tal conclusión dicho autor estima que la expresión "en su nombre" contenida en el artículo 431 del Código civil, hace referencia a la possessio alieno nomine romana, por lo que el sujeto que así ejerza la posesión no lo es tal poseedor, sino que lo será únicamente el otro por el que éste está ejerciendo la misma; y si por otra parte, del artículo 432 se desprende que la posesión puede tenerse en dos conceptos, como dueño o tenedor, sin que a través de

(68) Ob. cit., p. 478.

(69) Ob. cit., ps. 58 y 60.

este último se pueda realizar la posesión del primero, pues del artículo no se desprende tal conexión, se tendrá entonces que, por el primer artículo se configura al poseedor en concepto de dueño que no tiene materialmente la cosa, sino que la ha entregado a otro, razón por la que conservaría a su favor una posesión espiritualizada; mientras que por el segundo, se determina como poseedor, aquél denominado como tenedor, que teniendo la cosa para su conservación y disfrute, reconoce en otro al verdadero propietario de la misma. Y termina diciendo: "Aisladamente, ni uno ni otro artículo configuran la concurrencia. El art. 431, que prevé la posesión ejercida por otro, no nos dice que ésta pueda ser, a su vez, poseedor; el art. 432, que hace poseedor al tenedor para otro, no nos dice que pueda realizarse a través de él la posesión en concepto de dueño. La misma redacción de este último artículo favorece la conclusión de que contempla posesiones excluyentes y no concurrentes. El precepto se expresa disyuntivamente, admitiendo, a una posesión en concepto de dueño, o una posesión en concepto de tenedor, pero no una y otra concurriendo, cumulativamente" (70). Compartiendo la tesis expuesta el autor La Cruz Berdejo, haciendo énfasis en las diferencias existentes entre las figuras contenidas en los artículos en comentario, dice: "A diferencia del supuesto del Art. 432, en el del 431-439 el mediador posesorio carece necesariamente de legitimación para tener la cosa en nombre propio. Mientras que el usufructuario o el arrendatario poseen en virtud del correspondiente derecho subjetivo, y por tanto, aun reconociendo la existencia de un dueño en quien recaen importantes efec-

(70) Ob. cit., p. 60.

tos de su tenencia, ésta la ejercen en favor propio...; opuestamente, la posesión ex arts. 431-439, recae en el "representado",...

Es decir; en tanto que el usufructo o el arrendamiento la tenencia de la cosa obedece a un derecho subjetivo, y la condición de mediador posesorio es consecuencia accidental deducida del concepto en que se ejerce la influencia material, en cambio el "representante" es directa y exclusivamente mediador posesorio, sin otra relación con la cosa que la derivada de las facultades de gestión que le - competen por ley o por contrato, o de la gestión oficiosa asumida." (71).

F) Hemos visto que la existencia del mediador posesorio en el ordenamiento español, es aceptada por la generalidad de la doctrina, aunque se difiera en el encaje positivo de la figura. Sin embargo, coinciden todos los autores en que el mediador posesorio es un verdadero poseedor y que su actividad como tal ha de informarse entonces por los presupuestos señalados en el artículo 430 del Código Civil. Nos parece que en esta circunstancia es en donde radica, toda la esencialidad del mediador: éste lo es del poseedor mediató, - precisamente porque a la vez es poseedor. Creemos, que no habría posibilidad alguna de que el mediador posesorio lo fuera, sino es - porque él también tiene una función sustantiva en relación con la - cosa, que le permite interponerse entre el propietario y la cosa - con propia personalidad jurídica y no como un medio o instrumento, para que se realice y se mantenga la posesión de éste; pese a que -

(71) Contribución a una Pedagogía de la Posesión, Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Federico de Castro, tomo II, Edit. Tecnos, Madrid, 1976, ps. 74-75.

su derecho derivado y limitado, tiene un ámbito de efectos menor - que el de propiedad, es indudable que el señorío de hecho que ejerce sobre la cosa l es con propia autonomía, al punto que se le de nomina como una verdadera posesión y esa circunstancia es la que - a nuestro juicio es la que impide que el mediador posesorio sea un puro instrumento del poseedor mediato, pues si bien éste recibe - los efectos de dicha posesión y que el derecho que tiene le permi te, sería aventurado pensar, por otra parte, que el poseedor media to posea la cosa de hecho a través del mediador, pues lo único que aquél tiene es su propio derecho. Por otro lado, la disposición del artículo 445 del Código Civil por el que se prohíbe la posesión de hecho por más de una persona, hace pensar y reafirmar la convicción expuesta, en el sentido de rechazar una posesión de hecho por par te del poseedor mediato realizada a través de la posesión del inme diato, porque evidentemente ésta la realiza el mediador posesorio para sí (72), sin la más mínima intención y posibilidad de su par te de trasladársela al poseedor mediato, esfuerzo, creemos, que de todas maneras estaría condenado al fracaso, debido a que de esa ma nera el poseedor inmediato estaría incurriendo en verdadera contra dicción con su propia posesión, que por su íntima esencia, repulsa cualquier otra posesión de hecho sobre la cosa, al estarse poseyen do exclusivamente para sí mismo. Por esas razones estimamos que el

(72) Pinto Ruiz, José. La Resolución del Derecho del Arrendador... Rev. Jur. de Cataluña, Abr. Jun. 1965, ps. 319-320, expresa que la entrega de la cosa al arrendatario produce cierta sustanti vidad y trascendencia jurídica, lo que permite en el arrenda tario cierta actividad de mantenimiento de la cosa, al punto, que admite la defensa interdictal aun contra el propio arrendador.

mediador posesorio se produce en la posesión de la cosa, por lo menos con una mínima potestad de hecho, autónoma e independiente del derecho de propiedad. El que esta potestad no se produzca con la amplitud como lo realizaría el propietario, además de que es consecuencia del derecho adquirido, en realidad no le resta sustantividad a su condición de poseedor; porque, si así no lo fuera, el mediador - como tal no existiría, porque entonces los actos posesorios que se produjeran sobre la cosa, corresponderían todos al propietario, quien se manifestaría a través del que se encuentre directamente sobre la cosa y por esa razón, sería el único poseedor de hecho existente de la cosa. Pero además de la relación material que el mediador mantiene con la cosa y que de por sí ya lo convertiría en poseedor, recuérdese que el mediador como producto de una relación jurídica, deviene también un derecho de posesión que le faculta a usar y disfrutar de la cosa, la que también lo revestiría con la entidad suficiente para considerarlo poseedor, al tenor de la disposición (Art. 430) que permite también la posesión de los derechos (73), o sea, que el mediador posesorio adquiere su condición de poseedor, por la tenencia material de la cosa y por el disfrute de su derecho, pues si con relación a la primera, produce según el artículo 446 el efecto de ser de de

(73) Gimeno Gamarra, Rafael. La Posesión de las cosas arrendadas..., Rev. Leg. Juris., Ene-Jun. 1946, p. 664, nos dice que para los efectos de brindar la tutela interdictal al arrendatario, además de que en la tenencia de la cosa ya se equipara a un poseedor civil "...el arrendatario tendrá que ser considerado como poseedor, pues al tener la cosa arrendada, ejercita y, por tanto, posee su derecho de arrendamiento, con respecto al cual debe ser considerado como poseedor civil, puesto disfruta el cita do derecho como suyo".

fendido en su tenencia con tra las perturbaciones que de hecho sufra, es porque su relación con la cosa es como verdadero poseedor y si, respecto al segundo, puede poseer el derecho adquirido en dicha relación jurídica, debe entonces ser considerado poseedor por las dos vías. - Ahora bien, es indudable que la situación de hecho por la que el mediador posesorio se va a mantener en contacto con la cosa, aunque como se dijo que no existe sucesión en la posesión como hecho, es producto de que el mediador ha adquirido a través de la relación jurídica establecida, el derecho a poseer la cosa. De esa manera creemos que para la existencia inicial de la mediación posesoria, ha de ser necesario y con carácter ineludible, el de que el mediador se encuentre autorizado por un derecho determinado a poseer la cosa. En ese sentido, nos parece que bien se puede afirmar, que la posesión del mediador, por lo menos en principio, será siempre una posesión de derecho (74). Y decimos que en principio, porque aunque dejara de existir el derecho del mediador posteriormente, la relación jurídica se mantendría siempre con el poseedor mediato, quien podría si fuera del caso exigir la devolución de la cosa, como consecuencia de lazos obligatorios que permanecen entre ambos sujetos. Sentado lo anterior, hemos de referirnos a cual sea nuestro criterio sobre la ubicación legal de la figura del mediador posesorio. Se ha indicado que la doctrina en general señala los artículos 431 y 432 del Código civil, como las normas que contienen la división en grados de la posesión y las que permiten la existencia de nuestra institución. Es en el artículo 432 en

(74) Mazeaud, Sec.Der.Civ.Parte II,V,IV, Ejea, Buenos Aires, 1960, ps. 130-131, sostiene que "El poder del detentador por nacer de una situación jurídica, es un poder de derecho..."

donde, creemos, se encuentra recogido legalmente el mediador posesorio, según las razones que pasamos a exponer; es cierto que en principio la mencionada norma enuncia únicamente las formas en que puede tenerse la posesión: en concepto de dueño o en el de tenedor de la cosa; sin que de tal declaración, en principio, pueda deducirse una relación jurídica entre uno y otro. Sin embargo, es importante detenerse en un aspecto del enunciado que estimamos capital para el desarrollo comprensivo de la norma y es el que se refiere, a que la posesión se pueda tener en uno u otro concepto, porque es a través del concepto tener, que se logra un verdadero enlace con la definición que de la posesión nos da el artículo 430. En efecto, si de esta última norma, se nos da a entender que la esencia o el ser de la posesión consiste en tenerla (en la cosa bajo la tenencia material y en el derecho bajo su disfrute), es indudable que solamente un sujeto puede atribuirse esa tenencia, circunstancia que solamente ocurre, cuando el sujeto tenga bajo su poder o señorío la cosa o derecho objetos de la posesión. Ese tener la cosa o derecho significa entonces el tener bajo la dominación del sujeto el objeto del derecho. Y esa dominación así expresada, solamente se encuentra contenida en el artículo 432 cuando proclama que "La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño o en el de tenedor de la cosa...". Pero, por otra parte y en esto, parece que es unánime la doctrina española, de la última norma citada se desprende, el aspecto significativo que señalábamos en el mediador posesorio, es que en dicho artículo se regulan la existencia de dos poseedores: uno en calidad de dueño y el otro como tenedor de la cosa, pero reconociendo en otro sujeto al verdadero dueño de la misma. Esa -

circunstancia, de la existencia de un poseedor con las características de tenedor de la cosa, en contraposición con el dueño de la cosa, hace pensar que el primero encarna la figura del mediador posesorio, pues recordemos que éste tenía la cosa por haberla recibido precisamente del dueño y que su posesión por antonomasia se realiza siempre reconociéndose como no-dueño, situación que coincide con la del tenedor definido en el artículo citado. Teniéndose por cierto lo anterior se ha hecho la observación por Martín Pérez, en el sentido de que re conociéndose la existencia de dos poseedores en la norma del comentario, no se veía que de la misma se desprendiera que el tenedor ejecutara la posesión del dueño, entendiéndolo nosotros lo anterior, como la posibilidad de relación entre ambos sujetos, pues como hemos sostenido, en realidad el mediador realiza su posesión de hecho no para el poseedor mediato ni tampoco como instrumento para que aquél la realice, sino para sí. Pero además, nos parece que resultaría ocioso el que el mediador tuviera que realizar la posesión de hecho para el propietario, pues éste ya de por sí resulta ser poseedor, al tener bajo su poder el derecho de posesión que le deviene de la propiedad o de la relación jurídica de donde emane su derecho, situación que viene a quedar completamente clara si por otra parte comprendemos, que la posesión de hecho como se dijo, no es posible en más de una persona. Pero de todas maneras, esa circunstancia no vendría a perjudicar al propietario, porque teniendo la posesión de su derecho al disfrutar del mismo, entra en contacto de hecho con la cosa, no de la manera en que lo hace el poseedor inmediato de forma directa y ac tual, sino en forma indirecta a través de su derecho. Diferencia ésta a nuestro juicio, de carácter sustancial con la espiritualización

del señorío de hecho que prevalece en el ordenamiento alemán, pues mientras en el español la posesión mediata entra de manera indirecta (a través del derecho) en contacto de hecho con la cosa, en aquel ha sido necesario la creación de una ficción jurídica, para que el poseedor mediato sin tener la cosa de hecho tal y como lo hace el inmediato, pueda como éste también poseer de hecho la cosa. De Los Mozos, tratando de encontrar cuál sea la naturaleza jurídica de la posesión del poseedor mediato en el ordenamiento español, sin que admita por otra parte que ésta sea una yuxtaposición de posesiones, ni que tampoco la posesión mediata sea la expresión del derecho de propiedad, opina por último que el fundamento de la misma ha de hallarse, "en la ficción del señorío de hecho en favor del arrendador o de todo poseedor mediato..." (75). Con todo, no creemos que con tal concepción se venga a realizar ningún adelanto en relación con la tesis que prevalece en Alemania, puesto que "ficción del señorío de hecho" y "espiritualización", aunque parten de puntos anti-téticos, pues mientras el primero, creando una figura ficticia desde el ordenamiento jurídico la impone a la realidad, el segundo procede a la inversa, tratando de llevar al plano jurídico en forma abstracta la materialidad de un hecho, producen efectos idénticos, al tratar de formas distintas de desmaterializar el hecho posesorio, con la agravante intrínseca que implica una verdadera contradicción debido a que la posesión precisamente consiste en un hecho y que desde el momento en que deje de serlo, desaparece aquélla en su dimensión ontológica original. Pero creemos además, que por medio del

(75) Ob. cit., ps. 185-186.

artículo 432 cuando en éste se dice al final, "perteneciendo el do. minio a otra persona", de tales conceptos se realiza una armónica relación entre el poseedor en concepto de dueño y el tenedor. En efecto, si analizamos que del texto se desprende, que después de indicarse que la posesión puede tenerse en concepto de dueño, se dice también que lo puede ser en concepto de tenedor, pero perteneciendo el dominio a otra persona, comprendemos claramente que esta última frase se encuentra referida y ligada con el enunciado anterior, de que la posesión puede tenerse como tenedor. Es indudable que la posesión de tenedor siempre lo es en concepto de no-dueño y de todas maneras, del contexto de la norma se desprende que el mismo está usado en ese sentido, como posesión natural o en calidad de no dueño (76). Ahora bien, si ello es así, es porque como lógicamente se comprenderá, el tenedor de la cosa al reconocer que el dominio de la misma corresponde a otra persona, es debido a que mantiene una relación con el dicho propietario, de quien, es indudable que ha recibido la cosa, lo que supone necesariamente una relación jurídica entre ambos; ya que habría que descartar que la mencionada tenencia a que se refiere el texto legal, lo es a aquella tenencia que se convertirá en posesión civil al tratar la cosa con la intención de hacerla suya, puesto que el artículo 432 ya ha dispuesto, que tal clase de posesión pertenece a otra persona. No obstante lo dicho, en el supuesto de que se entendiera que en la frase "perteneciendo el dominio a otra persona", no pueda verse el medio por el cual, poseedor en concepto de dueño y poseedor como -

(76) Hernández Gil, Dictámenes I, ob. cit., ps. 89-90.

tenedor, se relacionaran, ya que podría darse el caso de un tene-
dor de una cosa que no mantenga ningún vínculo jurídico a la manera
como debe de existir en la mediación posesoria, como ocurriría
con el ladrón, es lo cierto que aunque no se comprenda contenida
de manera exclusiva la mencionada relación jurídica, si por lo menos
debe de entenderse que no se excluye totalmente, pues ya sabemos
que en una relación como la del arrendamiento, el arrendatario,
no sólo reconoce sino que su posesión lo es, como el que dominio
o la propiedad pertenecen a otra persona, manteniéndose no
obstante, una relación jurídica entre arrendador y este último. Y
por último, como la posesión se puede tener nada más que en concepto
de dueño y en concepto de tenedor, lo fundamental como expresa
Espín (77), es que, estableciéndose de esa manera el escalo
namiento posesorio, es por dicha norma que puede construirse la -
relación jurídica que da origen al mediador posesorio, pues contrapone
dos posesiones distintas pero compatibles como derecho, de
donde, siendo una la de propietario y la otra de no propietario,
se discierne claramente que el derecho de este último, tendrá el
carácter de derecho derivado y limitado, o sea, el que conforma
al mediador posesorio. Con lo expuesto nos parece innecesario el
de recurrir a una interpretación combinada de los artículos 431 y
432 para obtener la mediación posesoria. Respecto al grupo de autores
que sostienen que es en el artículo 431 en donde ha de distinguirse
la posesión mediata e inmediata, entendemos, que es en el
concepto "se ejerce" contenido en la mencionada norma, en donde -

(77) La Adquisición de la Posesión inmaterial, ob. cit., ps. 18 y
24.

se encuentra el nudo gordiano de la interpretación de dicha norma. Los autores que sostienen el mencionado criterio consideran, que el ejercer la posesión es rasgo fundamental para estimar que el - que realiza tal actividad, debe de ser considerado poseedor; o sea que el ejercicio es consustancial al ser de la posesión y entonces de esa manera, al decir del artículo, que la posesión se ejerce - por la misma persona que tiene la cosa o el derecho o por otra en su nombre, se está haciendo la distinción y la gradación, entre - el poseedor en concepto de dueño que sería el que tiene la cosa o el derecho y el tenedor de la cosa, que aunque posea para el primero, debe de ser considerado poseedor al tenor del artículo 430, pues no sería acertado estimarlo como poseedor alieno nomine, ya que - esa categoría romana significaba que el sujeto no era poseedor. Y precisamente por esa razón comprendemos, que es a través del concepto "se ejerce", que los mencionados autores dan entrada en el - numeral citado, al tenedor como categoría posesoria. Y es basado - en dicho concepto en que fundamos nuestra discrepancia con tal interpretación, debido a que entendemos que el concepto "ejercer" no responde en su contenido a lo que hemos calificado como posesión - (78) . Si aplicamos el alcance de lo que más atrás dijimos sobre - lo que debía de comprenderse por "tener", en relación con la institución de la posesión definida en el artículo 430, veremos que, una

(78) De Castro, Federico. El Ejercicio de los Derechos, Temas de - Derecho Civil, Rivadeneyra, S.A. Madrid, 1976, p. 135, expresa: "El concepto de derecho subjetivo, en cuanto poder concreto, lleva implícito la posibilidad de ejercitar el haz de facultades que él supone. La que puede tener lugar en el permitir o dejar que otro lo ejercite, o en el mero no ejercitarlo"

cosa que es, y la norma última dice que "Posesión natural es...", para que lo sea, no tiene necesidad de manifestarse en ejercicios o actividades / más bien por el contrario, pueden realizarse tales actividades, porque la posesión tiene una entidad presupuesta y no contenida en el ejercicio; pero además, la posesión para ser ejercitada, debe de existir previamente, lo que no supone - por otra parte también, que el ejercicio de la posesión presuponga en el sujeto que la realiza el que tenga ésta (79), pues sabemos que el servidor de la posesión pese a que ejercita actos poseorios no es poseedor, lo que nos lleva a plantear que el ejercicio más bien se presenta como un efecto del tener previamente la posesión y que en ese sentido el que ejerce la posesión en nombre de otro, es un medio por el cual, la posesión que radica en otro sujeto se manifiesta como tal (80). Por eso creemos que no sería posible ejercer la posesión si previamente no existe, lo que de - alguna manera aparece confirmado con el aparte último del artículo 431, cuando dice que la posesión también se ejerce por otro sujeto pero a nombre del poseedor, debido a que el mencionado ejer-

(79) Albaladejo, Ob. cit., cap. XXII, p. 45, nota 33, dice que "la posesión consiste en la tenencia del poder (duradero) de hecho, pero no en su ejercicio".

(80) Santamaría, J. Comentarios al Código Civil. T.I. Edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1958, dice textualmente: "Para nosotros, el art. 431 proclama una norma de interés práctico: la de que no es preciso que los actos materiales y externos de la posesión se realicen por el mismo poseedor, personalmente, sino - que basta que actúe por él otra persona en su nombre; y de él se deduce que esta persona que ejerce la posesión en nombre - de otro no es poseedor...", p. 406.

cicio trae causa de la posesión sustentada por el otro. Martín Pérez afirma que la expresión "en su nombre" del art. 431, se enlaza a la *possessio alieno nomine* de las fuentes romanas (81), o sea, que el que posee en tales condiciones no es en realidad poseedor, sino que es un medio o instrumento para que otro (el que tiene la posesión), ejerza la misma a través de su persona. Pero además, si apreciamos que en el artículo 431 sólo existe un poseedor (el que teniendo la posesión sobre la cosa o derecho, además ejerce los actos posesorios), pues el otro (el que ejerce la posesión a nombre de otro), no es más que un medio de ejercicio del poder posesorio del primero, tendremos entonces que posesión en sí, y ejercicio de la posesión son dos cosas distintas (82), lo que nos pondría en condiciones de distinguir, que entre el contenido del artículo 431 y el 432 habría sustancial diferencia (83), pues si se mantiene la interpretación que combatimos, ambas normas estarían diciendo lo mismo, o sea, la existencia de un poseedor en concepto de dueño y uno en concepto de tenedor reconociendo en el otro el dominio sobre la cosa. De esa manera es posible entonces obtener una nueva interpretación del artículo 431, a la manera en que Pérez González y Alguer lo han afirmado, en el sentido de ver comprendido en él a la figura del servidor de la posesión que, admitido también su existencia en el ordenamiento jurídica por otros autores (84), -

(81) Ob. cit., p. 56.

(82) Pérez González y Alguer, ob. cit. p. 62.

(83) Sanz Jarque, Juan J., Derecho Agrario, Pub. Fund. Juan March, Madrid, 1975, p. 156.

(84) Melón Infante, Ob. cit. ps. 31 a 34; Espín, Manual, ob. cit., p. 33; Puig Peña, ob. cit. ps. 402-403; Puig Brutau, Ob. cit. p. 55; Castán, Ob. cit., p. 478.

no obstante ejercer poderes posesorios no es poseedor (85). De esa manera queda refutado el argumento esgrimido por Castán y que más atrás quedo transcrito (Pág. 77) cuando éste combatiendo la idea - de Pérez González Alguer, de ver contenido en el artículo 431 la figura del servidor de la posesión, dice que tal figura no encaja en la norma citada, porque un sujeto de las características del - servidor de la posesión no resulta ser poseedor, cuando precisamente aquéllos autores lo que afirman es que el servidor de la posesión no es poseedor porque desempeña o ejerce funciones posesorias a nombre de otro, que es lo que se dispone en la última norma citada. Creemos que tal forma de argumentar responde, a que Castán continuaba manteniendo el criterio, de que en el artículo 431 solamente cabía la interpretación de la existencia de dos posesiones, una en concepto de titular y otra en concepto distinto. Ahora bien, - cuál es en definitiva nuestro criterio en lo referente al papel - concreto que ha de jugar el mediador posesorio, en esta relación - jurídica que mantiene con el poseedor mediato? Si hemos dicho que la posesión de éste, ni es espiritualización ni ficción del señorío de hecho, pues el poseedor mediato a través de su derecho influye de hecho sobre la cosa, cuál es entonces la verdadera mediación que entre éste y la cosa, realiza el mediador posesorio? Creemos que este es el aspecto medular del problema de la mediación y sobre el que, los autores consultados, no nos han ofrecido un tratamiento concreto de lo que sea y represente; por esas razones, dende

(85) Hernández Gil, El giro en la doctrina española en torno al artículo 464..., Rev. Der.Priv. Jun., 1944, p. 508.

tro de marcos objetivos y legales, trataremos de exponer nuestra -
opinión al respecto. 1º) No cabe duda de que en el ordenamiento es-
pañol, el mediador posesorio resulta ser poseedor, no sólo de la -
cosa, sino que también de su derecho derivado de la relación jurí-
dica establecida con el poseedor mediato.- 2º) Pero este a su vez -
resulta también ser poseedor, de acuerdo con el contenido específi-
co que su derecho le informe; y en la escala última de tal grada-
ción, se encuentra el propietario, que siendo también poseedor me-
diato, a la vez lo es también de su derecho de propiedad y por ser
lo, cubre todo el ámbito de la posesión, excepto en aquél ocupado
por los otros derechos derivados de él.- 3º) Al constituirse la re-
lación jurídica de mediación entre el propietario y el que ocupará
la posesión inmediata, éste obtiene un derecho a poseer la cosa, de-
recho derivado de la posesión contenida en el derecho de propiedad.
Por esa razón, los poderes o facultades del propietario sufren una
merma en su ejercicio, que aunque sea temporal, lo es en la medida
en que se constituye el derecho del mediador, por lo que estimamos
que en forma proporcional se produce el mediador, en la medida en
que el derecho del propietario se restringe. 4º) Por dicha razón,
el derecho del mediador además de ser derivado, es también limita-
do, y esa circunstancia hace que su campo de acción o actividad -
sea, desde luego, menor que la del propietario y distinta también,
de los poseedores mediatos existentes, como ocurriría entre un usu-
fructuario y un arrendatario, aunque ambos serían siempre como no-
dueños de la cosa.- 5º) El concepto de derecho derivado y limitado
por el que posee el mediador posesorio, de conformidad con el artí-
culo 432, ha de circunscribirse a la conservación y disfrute de la

cosa, conceptos éstos que deben entenderse dependientes en su manifestación, al derecho concreto del mediador, por lo que no será - igual el ámbito del disfrute que efectúe el usufructuario (art.471) que el del arrendatario (Arts. 1543,1555,2º).- 6º) Encontrándose - el derecho del mediador delimitado a la conservación y disfrute de la cosa, es en este campo concreto, en donde se produce la mediación propiamente dicha, pues mientras el mediador posesorio tiene bajo su poder de hecho la cosa y obtiene de ella el disfrute y uso a que tiene derecho, el poseedor mediato se encuentra en imposibilidad de realizar sobre la cosa idéntica actividad, precisamente - porque la misma proviene del estado de hecho y como éste sólo se - encuentra en poder del mediador, a aquél le corresponderá nada más que el ejercicio de su derecho.- 7º) Y como el poseedor mediato en - entonces le es imposible la posesión de hecho sobre la cosa, mientras el poseedor inmediato la tenga bajo su poder, creemos, se operan, - dos tipos de mediaciones: una, por medio de la cual el poseedor mediato puede tener contacto de hecho sobre la cosa, al disfrutar de hecho del derecho de posesión que tiene; en lo que no existirá violación del artículo 445, porque su contacto con la cosa, no lo es directamente de la manera en que la tiene el poseedor inmediato, - sino que lo es indirectamente a través del ejercicio de su derecho y la otra, de manera más restringida, en cuando la cosa de hecho - se encuentra bajo el poder del mediador, dentro de los específicos límites que el derecho de éste le demarque, como sería el caso del aprovechamiento de los frutos naturales de la finca por parte del usufructuario o el uso de la cosa arrendada por el arrendatario. - En ambos casos, ya sea el poseedor mediato en concepto de propieta - rio o en otro concepto, tendrá que recibir los efectos de la pose- - sión que sustente, a través de la actividad que el mediador desplie

ga en el ejercicio de las facultades que le confiere su derecho, - pues le estaría vedado por el derecho de éste, el ejercitar su posesión en esas concretas actividades; de tal manera, que mientras el usufructuario esté aprovechándose de su derecho para hacer suyos los frutos que la cosa produzca, el propietario o poseedor mediato tendrá que abstenerse de tomarlos para sí; lo mismo ocurriría con el uso de la cosa arrendada, la cosa dada en depósito o subarriendo.

3º. Los Artículos 279 y 280 del Código Civil de Costa Rica.

Trataremos líneas adelante de ubicar legalmente la institución del mediador posesorio en la legislación costarricense. Usualmente se le ha señalado como contenida en el artículo 280, que tiene un alcance semejante al Art. 431 del Código Civil español, cuando dispone que "El Derecho de posesión puede adquirirse y ejercerse en nombre propio o en nombre de otro"; bipartición en la forma de poseer, porque por la primera, se efectúan actos posesorios por sí mismo o valiéndose de otro que los ejecute por cuenta y bajo la responsabilidad de quien los ordena; y por la segunda, cuando por concesión del propietario, otro sujeto adquiere un derecho, como el arrendamiento y el usufructo, a tener y disfrutar de la cosa, - mientras el dueño "posee entonces jurídicamente por medio del que se halla en el ejercicio actual del goce". (86). De esa manera ten

(86) Brenes Córdoba, Ob. cit.ps.35-36. El anotador Lic.Sotela Montagné, en esta última pág. nos dice que "esta explicación, que lo es de los alcances de nuestro art. 280, está basada en las teorías savignianas que parecen ser las que informan nuestra legislación".

dríamos que el artículo citado encerraría a la vez dos formas de posesión; una, al poseedor en nombre propio que puede realizar por sí mismo actos posesorios o por medio de otro, que actúa en nombre del primero a manera de "instrumento posesorio": de esta manera se ejerce la posesión de primer grado; y la otra, cuando el ejecutor o realizador de actos posesorios tenga a su haber un derecho para poseer la cosa, que aunque limitado, le conceda la tenencia y el goce de la misma, sirviendo a la vez de medio para que el propietario posea jurídicamente la cosa: a esta posesión se le denomina de segundo grado o precaria (87). Del criterio expuesto sobre los alcances del artículo 280, discrepamos esencialmente en cuanto en él pueda encajarse al mediador posesorio. Su estructura habla más bien de la posesión alieno nomine, que en el Derecho romano no representó posesión sustantiva. En efecto, todo aquél que ejerza (ó que adquiera también, en el decir de la norma) actos posesorios en nombre de otro, verdaderamente no es poseedor, pues el poseedor será aquél para quien se ejecutan los mismos (88), ocupando éste más bien una posición de instrumento posesorio, porque ejercer o adquirir la posesión, son actos que de por sí no constituyen la esencia de lo que debe entenderse por posesión; tanto es así, que aquellos sujetos que en la posesión de primer grado, ejercen actos po-

(87) Brenes Córdoba, Ob. cit., p. 45.

(88) Sentencias Sala Primera Civil, Ns. 335 de 9hrs. 26-10-73 y N° 64 de 14,20 hrs. del 20-3-74, diciendo en esta última, que - la posesión de primer grado se ejerce personalmente o por medio de otro, doctrina que informa el art. 280 y que debido a ello, cuando el actor encargó a otro para cuidar de su finca aquél aunque se encontrara ausente, continuó poseyendo a través de su encargado-.

sesorios para el propietario no son poseedores no obstante ejecutarlos, pues sirven más bien a los fines jurídicos de aquél, el propietario, quien es el que verdaderamente posee y sobre el que recaen todos los efectos de dicho ejercicio. La posesión es un señorío de hecho que se ejerce sobre la cosa, pero no el ejercicio mismo; éste más bien se presenta como una emanación o efecto de lo que ya de por sí se ha constituido como posesión; de esa forma podría decirse que la posesión puede subsistir sin que se ejerzan actos que así lo declaren, mientras que el ejercicio será siempre una manifestación de aquel poder, que indistintamente puede realizarse por la persona que tiene la posesión, como por otra, pero a su nombre. Creemos más bien, que en el texto del artículo en comentario, se encuentra claramente contenida la figura del servidor de la posesión y que en su oportunidad nos referiremos más detenidamente. Pero entonces, si rechazamos el artículo 280 para comprender en él al mediador posesorio, dónde podríamos ubicarlo? Para despejar la interrogante hemos de recordar algunos presupuestos de la figura a saber: que el mediador posesorio es un poseedor, aunque con título distinto y más limitado que el del dueño; que su existencia deviene de una relación jurídica en donde tiene fundamento su derecho, que es el reflejo de un derecho derivado del de propiedad y en consecuencia, es más limitado que éste. Sentado lo anterior, creemos en primer lugar, que la clase de posesión que sustenta el mediador posesorio emana del artículo 660 del Código de Procedimientos Civiles y que ya analizamos supra (ps. 38 a 44), cuando de éste se desprende, que tanto la posesión como la tenencia de la cosa, permiten el efecto fundamental y básico del

uso de los interdictos (89). Y no es que en lo fundamental, posesión y tenencia sean conceptos e instituciones distintas, pues ambos representan el poder bajo el cual se puede tener una cosa (definición del art. 277), sino que, precisamente, siendo ambas posesiones jurídicas, se les concede la protección posesoria de los interdictos, pues ésta representa al decir del Marqués de Olivart la principal y singular característica de la posesión. Tenemos entonces situado al mediador posesorio como un verdadero poseedor, que difiere únicamente del propietario, en que el contenido de ambos derechos son distintos. El derecho del mediador deviene de una relación jurídica y a diferencia de lo que se ha expuesto antes, estimamos que el fundamento de dicha relación jurídica, ha de encontrarse no en el artículo 280, sino en el artículo 279, 1º, cuando éste dice en lo conducente y textualmente: "Independientemente del derecho de propiedad, se adquiere el de posesión: 1º.- Por consentimiento del propietario. Los actos facultativos o de simple tolerancia no dan el derecho de posesión". En primer lugar, la norma transcrita hace una distinción fundamental entre el derecho de propiedad y el de posesión; ambos son distintos, si bien todo propietario tiene el derecho de posesión, no todo poseedor tiene el derecho de propiedad, rasgo éste, esencial, en la relación jurídica que mantiene el mediador posesorio: siempre será como no dueño. En segundo lugar, donde creemos que se encuentra lo esencial y fundamenal de la norma, es cuando nos dice que el derecho de posesión se puede obtener por "consentimiento del propietario", esti

(89) Marqués de Olivart, ob. cit., ps. 181 a 185.

amos contenido en dicho juicio, la relación jurídica de donde — emana el derecho del mediador. El concepto "consentimiento" tiene para nosotros el significado de una conformidad de voluntades plenamente acordes, para producir los efectos jurídicos persegui dos; o sea, que a través de una relación contractual, se crea en tre las partes la relación de mediación y ya dijimos líneas — atrás, que una de las formas en que se constituía la relación ju rídica que daba nacimiento al mediador posesorio, era precisamente por medio de la convención. Pero creemos además, que la norma en comentario tiene la extensión doctrinal que se le ha dado al derecho del mediador, aparte de la que ya se deduce de la rela— ción jurídica establecida, pues al decir de la misma que el dere cho de posesión se obtiene por consentimiento del propietario, es porque da a entender, que el sujeto que obtenga el derecho de po sesión en tales condiciones, lo es de manera derivada y distinta a la del derecho que sustenta aquél, características éstas esen ciales en el mediador. Y en tercer lugar, por si acaso existiera duda en el alcance que le hemos dado al concepto "consentimiento" que pudiera interpretarse como una mera liberalidad o condescen— dencia del propietario, el inciso primero en comentario termina diciendo que "Los actos facultativos o de simple tolerancia no — dan el derecho de posesión", lo que ni más ni menos nos delimita por completo el contenido del mencionado artículo, pues excluye . la posibilidad que dentro del mismo puedan contenerse los actos facultativos o de tolerancia, que de alguna manera podrían con— fundirse con el alcance que se le da al término "consentimiento". Ahora bien, que ventajas se pueden obtener de la interpretación

se ha hecho de los artículos 279, 1º y 280, en relación con el mediador posesorio? Nos parece que suelen obtenerse las siguientes: 1º) Que el contenido de ambas normas es completamente diferente.- 2º) Que con el concepto "en nombre de otro" que se contiene al final del artículo 280, se expresa una sola institución que podríamos denominar como el servidor de la posesión y no dos como es la interpretación actual, cuando se encierra en la misma también, al poseedor en precario, como se les denomina al usufructuario y al arrendatario.- 3º) que en el artículo 280 no se encuentra reflejada una relación jurídica, como la que es necesaria exista para dar nacimiento al mediador posesorio y que sí se desprende del artículo 279, 1º. 4º) Que como el mediador posesorio es un verdadero poseedor, solamente del artículo 279, 1º, se desprende tal condición, pues el que ejerce o adquiere la posesión en nombre de otro, no es verdadero poseedor.- 5º) Que de la manera en que se interpreta el artículo 280, encaja nada más la posesión en primer grado, con la ventaja de darle contenido legislativo al servidor de la posesión, que ya por jurisprudencia se le ha dado.- Y 6º) Que interpretadas las normas dichas en la forma en que queda expuesta, se contribuye positivamente, no sólo a delimitar instituciones jurídicas distintas, sino que también a la búsqueda de claridad y precisión, que deben informar siempre toda norma jurídica.

II. EXISTENCIA DEL MEDIADOR POSESORIO EN LA LEGISLACION EXTRANJERA Y EN EL DERECHO HISTORICO

Sumario: 1º) En el Derecho alemán.- 2º) En el Derecho italiano.-
3º) En el Derecho francés.- 4º) En el Derecho histórico.

1º. En el Derecho Alemán

Para el Derecho alemán la posesión es un señorío de hecho a poder efectivo que se tiene sobre una cosa (parágrafo 854) (90) Es a partir de esa concepción que se tiene de la posesión, que se construye la institución de la mediación posesoria, cuando del párrafo 868 se desprende el de que "Alguien entrega a otro la posesión (el "poder" de hecho), para que después el otro le devuelva de nuevo la cosa. Durante este interregno hay un vínculo para ambos, cada uno de los dos es "poseedor": el que tiene la cosa en sus manos es el "poseedor inmediato"; el otro, el que espera su devolución, es "poseedor mediató", por cuanto el primero es en cierto modo su auxiliar en la posesión, es su "intermediario" en la posesión..." (91). Una situación parecida, nos dice Wolff, es la que ocurre con el usufructuario, acreedor pignoraticio, arrendatario, depositario, o en una relación semejante, por donde un sujeto se encuentra obligado frente a otro a la posesión. De esta manera entonces hay que comprender, que entendiéndose por posesión un señorío de hecho sobre una cosa, que se muestra como "el

(90) Wolff, ob. cit., ps. 30, 31, 41 a 44.

(91) Hedeman, Ob. cit., p. 55.

centro de todo el sistema" (92), la misma ha de encontrarse como de hecho en el poseedor inmediato que es el que tiene asida materialmente la cosa, pero que sin embargo, ha de presuponerse también una posesión en el poseedor mediato, que sin tener la cosa a la manera en que lo hace el poseedor inmediato, no obstante - tiene una pretensión de entrega a su favor que le depara su derecho y la circunstancia de considerársele también como un poseedor de hecho sobre la cosa, debido a que "la posesión mediata se basa en una decidida espiritualización del concepto del señorío sobre una cosa: a pesar de la posesión inmediata, interpuesta entre la cosa y el poseedor superior, la relación entre éstos aparece siempre como un señorío de hecho actual, y no como una expectativa de un señorío futuro. La entrega en forma de arrendamiento, prenda, etc., no representa una renuncia al señorío, sino una atenuación de éste; y la devolución al otorgante no significa constitución de un nuevo señorío, sino confirmación de una ya existente" (93). Esta posesión espiritualizada no se efectúa a la manera en que se hacía la posesión de los propietarios en el Derecho romano, cuando la cosa se encontraba en manos de los poseedores alieno nomine, pues a diferencia de éstos, el poseedor inmediato es un verdadero poseedor, que aunque se encuentra obligado ante el poseedor mediato a devolverle la cosa, no por ello deja de desplegar sobre la cosa un señorío de hecho; pero - que a la vez faculta por su medio, en la medida en que ejerce su

(92) De los Mozos, Ob. cit., p. 86.

(93) Wolff, Ob. cit., p. 56.

posesión, la posesión o señorío de hecho del poseedor mediató, sólo que éste la tiene de una manera espiritualizada, pues la materialidad de la cosa se encuentra en manos del poseedor inmediato. Es de esa manera, que, aunque aparezca un poco contradictorio, no obstante que el poseedor inmediato deriva su posesión del poseedor mediató por medio de la entrega de la cosa, éste a su vez lo es, en la medida en que el poseedor inmediato se mantiene en contacto con la cosa y en esa medida, "el poseedor directo garantiza un vínculo de señorío sobre la cosa a todos los anteriores - transmitentes; viene a ser una especie de soberanía privada bastante para conservar el estado económico y social de los poseedores anteriores, y que les asegura, en una forma mediatizada, la conservación de su posesión" (94). De esa manera, la posesión inmediata, o sea la que tiene el mediador posesorio, viene a constituirse en fundamento y razón de existencia de la posesión mediata de los poseedores que por encima de él se encuentren y esa es también la razón esencial para estimar espiritualizado el señorío de hecho en poder de tales poseedores, porque de lo contrario, el poseedor en concepto de propietario al entregar la cosa al mediador, perdería por completo su posesión, porque ésta únicamente se entiende como señorío de hecho por las cosas, más nunca sobre los derechos. Y, como consecuencia de tal estructuración el ordenamiento concede la protección posesoria no sólo al poseedor inmediato, sino que también al mediató (95), contra los ata-

(94) Saleilles, La Posesión, ..., p. 378.

(95) Saleilles, Ob. cit., p. 379.

ques que los terceros dirijan sobre la posesión, con la excepción de que si se produce conflicto entre el poseedor mediato e inmediato, porque está más cerca de la cosa "la especial protección de la cosa" asiste al poseedor inmediato, y por eso es preferido" (96). Conforme lo expuesto, nos parece ver, que no obstante que el mediador posesorio de cierta manera se convierte en instrumento de la posesión mediata, pues es a través de la posesión y actos del poseedor inmediato que aquélla se manifiesta, ésta a la vez se muestra como dependiente y en cierta medida subordinada a la situación de hecho que mantiene el poseedor inmediato, porque, además de que su existencia es una consecuencia de ese estado de hecho que es la posesión inmediata, o sea, que si ésta deja de ser, aquélla a su vez también desaparece, el poseedor mediato carece de remedios protectores de su posesión contra el poseedor inmediato, para hacer cesar y defender la posesión mediata en que se encuentra. (97).

2º. En el Derecho Italiano

La mediación posesoria en el Derecho italiano se conforma también, al igual que en otros derechos, según el sistema posesorio que el Código civil determine. La tradición romanista, o sea la que hace girar la posesión como tal alrededor del animus domini, es el que priva en el ordenamiento italiano, cuando tanto del

(96) Hedeman, Ob. cit., p. 56.

(97) Saleilles, Ob. cit., ps. 383 y 385.

artículo 686 del Código civil de 1865 (98), como del 1140 del vigente de 1942 (99), se desprende que la posesión debe de ser la expresión de la intención de tener como propia la cosa, actividad que se refleja en el derecho de propiedad u otro derecho real. Sin embargo, Barbero (100) nos dice que no debe ser interpretado el último artículo citado dentro de un ámbito más estrecho que el efectivo, pues lo que se debe aclarar, es que hay dos aspectos de importancia que hacer resaltar: el hecho en sí de "poseer" y su "relevancia"; y continúa diciendo, "como hecho de "poseer", la posesión es contemplable, no sólo en el ejercicio del contenido de una relación de naturaleza real, sino también de naturaleza más ampliamente patrimonial y hasta personal;...". Messineo también nos afirma esta idea más claramente, diciéndonos que a pesar de que del artículo 1140 se desprende que la posesión se da únicamente en relación con los derechos patrimoniales reales, "... debe de admitirse que son susceptibles de posesión los derechos que, aun derivando de una relación de obligación, se actúan sobre cosas y se exteriorizan en actos de goce directo de cosa ajena capaces de ejercicio continuado. Tales son los derechos del arrendatario, ... del comodatario,..., del depositario..., los cuales aún siendo titulares de un mero derecho de crédito, se encuentran

(98) Ruggiero, Ob. cit. p. 812. quien después de referirse a lo que se entiende por posesión en el artículo 685, expresa que "el animus no aparece como elemento esencial de la posesión sino en el artículo siguiente, el 686, en que se define la posesión legítima concibiéndola romanamente como voluntad de tener la cosa como propia (animus domini)".

(99) Codice civile, Giuffrè Editore, Milano, 1976.

(100) Ob. cit., ps. 391-382.

necesariamente en relación con la cosa, para gozar de ella o para servirse de ella, según las normas regulares del respectivo contrato..." (101). Sin embargo, Barassi (102), conceptuando la posesión en apego estricto a lo preceptuado por el artículo 1140, estima - que de dicho texto, además de desprenderse que la posesión resulta ser un poder de hecho sobre la cosa, a diferencia y en forma más - completa, de como lo hacía el artículo 685 del código anterior que consideraba también como posesión el disfrute de un derecho, sólo resulta ser posesión aquélla que se realiza como expresión de la - propiedad o un derecho real y en concepto de atribuirse como suya la cosa, por lo que aquéllos que tienen la cosa por haberla recibido del propietario para disfrutar del contenido del derecho real, son únicamente medios para que se realice la posesión del propietario, pues su posición lo es nada más como detentadores de la cosa; y concluye su criterio diciendo: "Y es evidente que refiriéndose - la posesión al "ejercicio de la propiedad o de otro derecho real" (con ello el art. 1140, 1º, señala claramente el límite conceptual de la posesión), no pueden considerarse poseedores, v.g., el arrendatario o el comodatario, pues no tienen un derecho real sobre la cosa. Es más, el que ejercita un derecho sobre la cosa, sin ser titular de tal derecho, tiene respecto al ejercicio de tal derecho - la "posesión" de la cosa, pero respecto a la propiedad sólo la "detentación" (posee la cosa v.g. como usufructuario, detentándola - por el propietario)". Existe, pues, en torno a la concepción de -

(101) Ob.cit., p. 208.- Brugi, Biaggio, Inst.Der.Civil, UTHEA, México, 1946, se pronuncia en términos parecidos, p. 199.

(102) Ob. cit., ps. 95-96.

quien sea poseedor, disparidad de criterios. Estimamos que de la toma de posición en relación con uno u otro criterio, dependerá la existencia o no del mediador posesorio. Se ha sostenido que el mediador posesorio para que se produzca como tal debe ser un poseedor, o sea, un sujeto que realiza un poder o señorío de hecho sobre la cosa, independientemente que la misma le pertenezca; y estimamos que debe ser así, porque el mediador como producto de una relación jurídica ha adquirido la facultad de realizar ese poder y aprovecharse de la cosa, aun reconociendo la propiedad de ésta en otra persona; porque de lo contrario, no se produciría un verdadero mediador, con sustantividad propia que se interpusiera entre el propietario y la cosa; y la mediación se realiza, precisamente porque el mediador ejerce la posesión sobre la cosa de hecho y para sí. Por esa razón no podrían estimarse mediadores aquellos, que ejercitando actos posesorios, son simples servidores de la posesión ya que ellos no se realizan con iniciativa propia, sino que la verifican como medios o instrumentos del poseedor, único poseedor. Ruggiero, haciendo una gradación del elemento animus del que dice que de la forma de entenderlo es de donde derivan las divergencias existentes en torno al tema tanto dogmáticas como legislativas, expone que entre la detentación, la que concipía como la voluntad de mantenerse en relación con la cosa o de tenerla, y la posesión que se tiene como propietario, esto es, con animus y opinión de dominio, existen otras figuras de detentación o posesión precaria como también las llama, que basándose en tener la cosa bajo el poder del sujeto, unos la tienen en interés ajeno como el depositario; y otros la detentan en interés propio, como lo hacen el arrendatario y el comodatario; pero, "sentado es

to, se comprende que el concepto de la posesión puede variar profundamente, según que se extienda hasta comprender todas las categorías enumeradas antes o se restrinja de modo que excluya no sólo la primera (detentación pura y simple), sino también la tercera (depositario) y la cuarta (condatario). Si se toma como punto de partida — que el animus necesario a la posesión es el animus domini (en el — sentido más comprensivo que se ha visto), quedan fuera de la posesión y figuran en el concepto de detentación las varias categorías de los llamados poseedores precarios. Y viceversa si al animus possidendi se da una significación tal que se contraponga al animus domini" (103). Ahora bien, aparte de la posición que se tome, es evidente que la institución que se ha delineado como mediador posesorio, es la que se encarna en los llamados detentadores, porque teniendo la cosa bajo su poder merced al derecho que han derivado de la relación jurídica establecida con el propietario, reconocen en éste al sujeto a quien pertenece el dominio de la misma; de esa manera también nos lo dice Melaineo, quien afirmando que desde el punto de — vista material no hay diferencia entre detentación y posesión, pues — la una y otra implican un poder de hecho. "En la detentación, — el poder de hecho del detentador nace de un título, en virtud del — cual, ese detentador subordina el propio poder al mayor poder de — otro. En tal sentido, el del detentador se debe de calificar como — un poder que implica el reconocimiento de un poder superior de otro; — éste, en neta antítesis con el animus del poseedor. En sustancia, — en la detentación se tiene el animus detinendi (...), no el animus

(103) Ob. cit., ps. 808 a 810.

possidendi, en cuanto al detentador no niega la titularidad ajena - del derecho sobre la cosa" (104). Contra tal concepción Barassi — sostiene, que el simple contacto con la cosa que tiene el detentador no es sino el medio necesario para la actuación de una relación jurídica existente entre el detentador y el propietario, atribuya o no el disfrute de la cosa al detentador (105). Sin embargo, es relevante el hecho de que, aun en el supuesto de lo contradictorio que resulta ser la interpretación del artículo 1140, no obstante al detentador se le reconocen acciones posesorias para la defensa de su posesión, en los supuestos de despojo violento y clandestino (art. - 1168, 2º) (106), excluyéndose a los detentadores por razones de servicio o de hospitalidad, en razón de que ellos se encuentran respecto de la cosa, en una relación de dependencia, de trabajo o de hospitalidad como la del invitado (107); y también en los casos de perturbación (art. 1170), sea éste violento o no, clandestino o no (108) lo que a nuestro ver, en términos generales, el detentador, materialmente es tratado por el ordenamiento italiano, como un poseedor y — de lo que hacen eco buena parte de sus autores.

(104) Ob. cit. p. 214. También Barbero con buenas razones sostiene que el detentador, cuando ejerce un poder sobre la cosa, con derecho propio y sin excluir otro derecho concurrente, es poseedor (p. 385, ob.c.)

(105) Ob. cit., p. 96.

(106) Brugi, Ob. cit. p. 200, aunque admite tal defensa, dice que el detentador en caso de perturbación debe recurrir al poseedor legítimo, porque se le considera representante de éste.

(107) Messineo, ob. cit., ps. 214, 215 y 235.

(108) Barbero, ob. cit., ps. 403 a 405.

3º. En el Derecho Francés

El Derecho francés, que sirvió de base al Derecho italiano en la concepción de la posesión según Ruggiero, tiene también un decidido contenido romano, por la forma en que estructura la posesión, pues conceptuada la misma en el artículo 2229 del Código civil como "la detentación o el disfrute de una cosa o de un derecho que tenemos o ejercitamos por nosotros mismos o por medio de otro que la tiene o que la ejerce en nuestro nombre" (109), se agrega en el artículo² 229 siguiente, que para adquirirla por usucapión es necesario que se ejerza la misma a título de dueño, o sea entonces, que se exige el animus domini para configurar aquella, mientras que no se da "a la detentación ninguno de los efectos de la posesión, ni siquiera la protección por las acciones posesorias" (110). Se constituye entonces la posesión alieno domine romana, pues si el artículo 2228 citado permite el tener y ejercer la misma en nuestro nombre o por medio de otro, el detentador que es el que posee por otro, realiza una actividad opuesta a la del poseedor (111), en el sentido de que el ejercicio que realiza de los actos posesorios, no los efectúa con propia independencia, sino como prolongación de la actividad del poseedor; el detentador, pues, no es poseedor, pese a tener la cosa y ejercer actos posesorios pues aunque "El detentador se asemeja a un poseedor en cuanto que la cosa está materialmente a su disposición y que ejercita sobre ella el

(109) Colin y Capitant, Curso Elem. Der. Civ. T. II, V, II, Inst. Edit. Reus, Madrid, 1961, p. 568.

(110) Ob. cit. p. 142. Mazeaud.

(111) Bonnecase, Julien, Elem. Der. Civ. Edit. José M^a Cajica, Puebla México, 1945, p. 638.

poder físico llamado posesión; la ley empero, no lo reconoce como poseedor ni como tal lo protege, porque atribuye la posesión al propietario que ha transmitido su cosa al detentador bajo condición de restitución, por lo que éste posee corpore alieno. La detentación constituye, por tanto, una situación jurídica perfectamente definida y totalmente distinta de la verdadera posesión: es de orden inferior y no produce, ni con mucho, las mismas ventajas que la verdadera posesión" (112). Constituye, pues, el animus domini el elemento vital en la existencia de la posesión y a través de la indagación que se haga en el animus del sujeto que realice el poder sobre la cosa o el conocimiento del título o causa jurídica por la que mantiene relación con el objeto, que es posible determinar su condición o no de poseedor, pues los actos materiales que indistintamente realizan detentador y poseedor, por ser iguales, no reflejan la intención o condición subjetiva del sujeto. El detentador lo es entonces, no como una consecuencia intrínseca del título por el cual está en contacto con la cosa, sino por el elemento extrínseco y que a su vez determina el título de que posee para otro, de que es un medio a través del cual realiza la posesión el verdadero poseedor; por esa razón, el detentador, cualquiera que sea éste, se presenta como un representante del verdadero poseedor (113), que actúa en la posesión a nombre y por cuenta de otro (114). Debido a ello, al producirse el detentador como efecto de un elemento negativo en su título, cual, es, el de que

(112) Planiol y Ripert, Tratado Práctico del Der.Civ. T.III, Edit.Cultural S.A. La Habana, 1946, p. 159.

(113) Carbonier, Jean. Derecho Civil, I, II, V, I. Bosch, Barcelona, p. 215, y 216.

(114) Albaladejo, Manuel, La Representación, Anuario Der.Civ. Jul. - Set. 1958, ps. 767 y s.s.

reconociendo en otro al verdadero poseedor, por consiguiente él no resulta serlo, ~~da~~ igual entonces que sean "el inquilino y el arrendatario los que se encuentren en semejante situación jurídica, sino todos cuantos tienen un título reconocedor de la propiedad ajena: depositarios, ~~mandatarios~~, comodatarios (usuarios), acreedores prendarios y también los domésticos, los empleados, un cochero, no posee verdaderamente el caballo y el coche de su amo, como tampoco posee el chófer el automóvil cuya conducción y cuidado le ha sido confiado". (115). No obstante, como se apuntó en el Derecho italiano, en principio, es indudable que la posición que ostenta el detentador se asemeja a lo que se ha delineado como mediador posesorio, en el sentido de ser consecuencia de una relación jurídica, por la que se entra en contacto con la cosa que pertenece a otro y que ha de ser devuelta en su oportunidad, pues "la detentación surge - siempre de una situación jurídica: supone, en su origen, un título jurídico, ya sea este título convencional (arrendatario rústico, inquilino, depositario, etc.) judicial (secuestro) o legal (padre - que sea usufructuario legal, marido, etc.). Así, el detentador reconoce el derecho real del propietario: tiene por cuenta de éste, incluso cuando encuentra, como el arrendatario rural, un interés personal en esa detentación... El poder del detentador por nacer - de una situación jurídica, es un poder de derecho: el inquilino, el arrendatario rural, etc. tienen un derecho, no sobre la cosa (no - se trata de un derecho real), pero al menos un derecho de crédito contra el arrendador, que debe de poner la cosa a su disposición" (116). Como se ve, el detentador no entra en relación con la cosa

(115) Jossierand, Louis, Derecho civil, T.I,V,III, Ejea, Buenos Aires, 1950, ps. 56 y 57.

(116) Mazeaud, ob. cit., ps. 130-131.

en forma arbitraria o antijurídica, como hacen el ladrón y el usurpador, sino que se fundamenta en un título que le crea un derecho para la detentación de la cosa y si bien la ley no le concede condición de poseedor negándole a su vez las acciones posesorias, no por ello deja de reconocerle, al menos una situación de interés posesorio, en el sentido de que su actuación es semejante a la del verdadero poseedor y tanto es así, que el propio Jossierand nos dice que "en la realidad de las cosas, un arrendatario posee por sí mismo, no por cuenta del arrendador, lo mismo que el arrendatario de un predio rústico realiza sus propios negocios, no los del propietario". (117). Pero, además, si bien se encuentra privado de las acciones posesorias, su relación con la cosa no se puede decir que se encuentra exenta de defensa alguna, ya que se le conceden la defensa privada y la acción de reintegración (118), ésta última con contenido semejante al interdicto de recobrar y si bien, las mismas no son efecto de la detentación en sí sino del orden público (119), es lo cierto que con ellas se está reconociendo una situación jurídica que está muy alejada, de la forma en que se concebía el poseedor alieno nomine romano. Por eso estimamos, que el detentador, pese a que legalmente se le niega su condición de poseedor, para los efectos de su situación y realización con la cosa, asume una verdadera posesión y, en consecuencia, debe de calificársele como mediador posesorio.

(117) Ob. cit. ps. 58-59.

(118) Mazeud, ob. cit., ps. 142-143. Jossierand, ob. cit. ps. 72-73.

(119) Planiol y Ripert, ob. cit., p. 162.

4º. En las Partidas

Con la definición que las Partidas dan del concepto de la posesión y que se reprodujo supra página 10, se entiende que al concebirla como "tener la derecha", la misma recoge el matiz romano de que la posesión, presupuesto el poder de hecho en que ella consiste materialmente, ha de tener el rasgo esencial consistente, en que el mismo debe de ejercerse de tal manera, que la cosa sea tratada como perteneciente en propiedad al poseedor, pues el animus contenido en el concepto "entendimiento", no es el de tener por sí la cosa, sino el cualificado de tratarla como propia. La idea en cuestión nos parece recogida también al hacerse la clasificación de las formas — existentes de posesión cuando se dice: "Ciertamente dos maneras y — ha de possession. La vna es natural, e la otra es por otorgamiento de derecho, a que llaman en latin civil. E la natural es, quando — ome tiene la cosa por si mismo corporalmente... E la otra que lla— man civil es, quando algund ome sale de casa, de que el es tenedor, o de heredad, o de Castillo, o de otra semejante, non con entendimien— to de la desamparar, mas porque non puede omo siempre estar en ella. Ca estonce, maguer non sea tenedor de la cosa corporalmente, seerlo ha en la voluntad, e en el entendimiento, e valdra tanto, como si — estuuiese en ella por si mismo" (120). De ambas leyes se deduce que el sujeto que tenga únicamente la posesión natural, sea, la tenen— cia material de la cosa, no es poseedor, pues carece de la intención de tenerla como propia y si más bien se manifiesta como el poseedor alieno nomine, aunque de una manera más atenuada a nuestro ver, por—

(120) P. 3ª, T. XXX, L. 2ª

que además de concedérsele a dicho tenedor el derecho de retención de la cosa, también se le prohibía al dueño tomar la cosa violenta mente cuando ésta estuviera en poder de aquél (121), bajo pena de perder la posesión de la misma. Teniendo en cuenta que la posesión es tratada en función del animus superior de propietario y que es éste el único que puede ser poseedor, tendremos que el mediador po sesorio, no obstante tener la posesión natural de la cosa, como - que ésta verdaderamente no es posesión, poseía únicamente para el propietario, para quien tenía la cosa en su nombre, a quien benefici ciaban directamente los actos posesorios de éste y recibíalos efecto tos de la posesión así establecida. Así tenemos que se nos dice en la Ley XI antes citada: "Alegando, o emprestando, o encomendando - un ome a otro, alguna cosa señalada, como quier quel que la tuuie- re en alguna destas maneras, se puede servir, e aprovechar della, fasta el tiempo que señalaron que la tuuiesse; con todo esso el señ ñorio, e la possession de la cosa, siempre finca en saluo al señor della, porque aquel que la tiene por alguna destas razones, non la tiene por si, mas en nome de aquel que gela dio en guarda, o a lo- guero". Despréndese de la transcripción anterior, una serie de ca- racterísticas de la figura del mediador como son: a) el tener la - cosa por un plazo fijo, como consecuencia de un pacto con el pro- pietario; b) la finalidad de tal tenencia lo es para servirse y - aprovecharse de la cosa; c) que no obstante derivarse un derecho - del pacto realizado a favor del mediador, por el que incluso mien- tras transcurre el plazo convenido, el propietario está vedado pa-

(121) P.7ª, T,X, Ls.XI-XIII.

ra tomar la cosa, aquél no adquiere la posesión, que siempre permanece "en salvo al señor della", pues no la tiene por sí, sino en nombre de quien la recibió; d) y, por último, que la cosa está en manos del mediador de forma temporal y al momento de finalizar el plazo, ha de retornársela a su propietario, concepto este último que se desprende cuando se dice que el mediador tendrá la cosa, "fasta el tiempo - que señalaron que la tuuiesse". Características las anteriormente señaladas que se contienen también en forma más o menos reiterada, en las leyes XIII ya citada; Ley V, Ley VI, Ley XII (122).

(122) Partida 3ª, T. XXX.

III. TERMINOLOGIA: DERECHOS QUE ADOPTAN LA MISMA U OTRAS

Sumario: 1º) Derecho Francés e Italiano.- 2º) Derecho alemán.- 3º) Derecho Español; Jurisprudencia: Casos.

1º. Derecho Francés e Italiano

Como sucesores de una herencia romanista en la concepción de la posesión, ambos derechos, mantienen la denominación de "detentador" para señalar al sujeto que actúa en funciones de mediador, significando con ello esencialmente, que la posesión como institución jurídica - únicamente está reconocida, cuando el sujeto que ejerce el poder de hecho sobre la cosa, lo hace como si la misma le perteneciera, o sea, con el animus cualificado que distingue al propietario. Con todo, pese a - que ese es el elemento esencial que distingue al mediador en tales ordenamientos, no por ello dejan de existir sus diferencias en el contenido diverso que encierra el concepto de "detentador", pues creemos - que el Derecho Francés se encuentra más apegado a la concepción romana que el italiano, ya que en éste por lo menos expresamente, se hace una clara distinción entre el detentador puro y simple y el detentador subordinado o dependiente, al privarse a este último de las acciones posesorias (Art. 1168, 2º), lo que no aparece claramente definido en el primero.

2º. Derecho Alemán

Acorde con el concepto de posesión regulado en su Código, el Derecho alemán ha elaborado una terminología bastante precisa, aunque sin

poder salvar los problemas propios de la posesión, que refleja de una manera más precisa, la existencia del mediador posesorio, partiendo - fundamentalmente de la situación, digamos, espacial que cada sujeto - que interviene en la relación jurídica mantiene con la cosa. Así tendremos que se denomina poseedor ⁹inmediato a aquél que directamente, - sin mediación de ningún sujeto, posee la cosa (123); este poseedor, - como se ve, se encuentra en una relación con la cosa, en la que se excluye cualquier otro que pudiera mantener un contacto semejante. En - contraposición con este primer poseedor, se sitúa el denominado poseedor mediato, llamado así, porque su situación es más alejada que la - del primero, aunque como se ha dicho, también es poseedor, por lo menos en lo que respecta a su contacto real-material con la cosa, pues jurídicamente, continúa ejerciendo su señorío de hecho de manera espiritualizada. La existencia del poseedor mediato deviene necesariamente, por la permanencia de un poseedor inmediato sobre la cosa, poseedor este último que asume además, el papel de mediador posesorio, respecto a la posesión del poseedor mediato, quien pese a tener la posesión por medio de la espiritualización del señorío de hecho, es lo - cierto que el disfrute y la conservación de la cosa está en manos del poseedor inmediato o mediador. Denominase también al poseedor mediato como poseedor superior, con lo que se quiere indicar que tiene una - pretensión de entrega en contra del poseedor inmediato; razón por la que a éste también se le llama poseedor inferior o subposeedor, indicando no sólo que su derecho sobre la cosa es más restringido, sino - que tiene la obligación de devolver la cosa al poseedor de quien la - ha recibido.

(123) Wolff, ob. cit. p. 55.

3º. Derecho Español: Jurisprudencia. Casos

Ha sido la doctrina científica la que ha elaborado una terminología acorde a las figuras de la mediación posesoria. Guiándose por los elementos romanos existentes en la regulación de la posesión, inicialmente se concibió al poseedor en nombre propio como aquél que poseía como si la cosa fuera suya, ya fuera que realmente tuviera derecho a ella ó solamente la creencia de que le pertenecía; y al poseedor, que aunque tuviera un derecho a tener la cosa, reconociera en otro a su propietario, se le denominaba poseedor en nombre ajeno, o en concepto distinto del de dueño. Scaevola, como se indicó, llamaba al poseedor propietario como "señor" y al segundo "llevador", refiriéndose ambos conceptos al contenido de la posesión que cada sujeto sustentara, respecto a si era propietario de la cosa o carecía de dominio sobre la misma. Con la posterior interpretación de los artículos 430, 431 y 432 por parte de Pérez González y Alguer, se introdujo en el ordenamiento español, la terminología usada en el ordenamiento alemán, tal como ha quedado explicado, la que con contadas excepciones ha sido aceptada y aplicada por la mayoría de los autores, admitiéndose entre otros denominar como poseedor inmediato, al que tiene bajo su poder de hecho y directamente la cosa y poseedor mediato, al que le corresponde la pretensión de entrega.

Jurisprudencia. Casos.

Si con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estado indecisa, como lo veremos adelante, para encajar las figuras del poseedor mediato e inmediato en un artículo determinado (124), pues a veces lo

(124) En el art. cit. p. 61, dice que no obstante, generalmente lo ha sido en el art. 432.

hace en el 431 y otras en el 432, sin embargo ha aceptado plenamente dicha terminología, para designar con ella, al poseedor en concepto de propietario o al que le corresponda la pretensión de entrega, en el primer caso y a aquél que tiene directamente la cosa, en el segundo caso. Así tenemos que en Juicio de Desahucio, en donde el propietario con título inscrito en el Registro Público, ejercitó dicha acción contra un poseedor que tenía mucho tiempo de ocupar el inmueble el Supremo expresó: "En la sentencia recurrida se limita el concepto del poseedor real a quien tiene materialmente en su poder la cosa discutida, olvidando que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 432 - citado la posesión de las cosas se puede tener en forma mediata por su dueño o en forma inmediata por quien sin ser dueño la conserva o disfruta, y, a la vez, se cercena la jurisprudencia constante que atribuye la posesión real de modo mediato al titular registral y por ello queda activamente legitimado para el ejercicio de la acción de desahucio" (125). Las sentencias números 266 de 20-5-55; 174 de 28-2-58; 281 de 2-4-59; 123 de 29-6-61, la de 8-7-64 y la n° 574 de 27-11-71 declaran en sus considerandos aceptar la terminología de poseedor inmediato para designar al sujeto que directamente y en forma material tiene la cosa y como poseedor mediato a aquél, que por lo general es el propietario, que sin tener la cosa bajo su poder directo, es poseedor a través del inmediato. En otra sentencia en Juicio por precario, se declara no sólo que en una relación de precario se da la relación de mediación posesoria, sino que se hace recaer tal distinción dentro de los alcances del artículo 431 (126). No obstante,

(125) Sentencia n° 69, de 22-2-1955.

(126) Sentencia n° 100 de 13-2-1958, Las sentencias n° 501 de 30-6-58 n° 392 de 9-6-59, hacen recaer tal distinción también el art.-431.

el Supremo en otros pronunciamientos se ha inclinado por aceptar el artículo 432, como el que recoge la distinción entre poseedor mediato e inmediato; y así tenemos por ejemplo, que en Juicio de Desahucio por Precario, en donde el arrendatario encontrándose en el ex—tranjero, el precarista se opuso a la acción, alegando la existen—cia de un contrato a nombre de persona distinta, el Supremo se pronun—ció en estos términos: "Que por el contrato de arrendamiento el arren—dador sólo cede o transmite al arrendado el uso de la cosa locada, según declara el artículo 1546 del Código Civil, esto es, la posesión natural o de hecho, la tenencia o posesión inmediata, por la cual el arrendatario posee, a título de tenedor de la cosa, pero reconocien—do el dominio en otra persona, el arrendador al que le corresponde la posesión civil, distinción que reconoce el artículo 432 de dicho Código, integrando ésta última lo que la doctrina científica moder—na denomina posesión mediata o superior, que es la que se tiene por mediación de la posesión de otro en virtud de una relación jurídica entre el poseedor superior y el subposeedor, ya que el propietario arrendador no pierde la posesión de su derecho de propiedad y el — arrendatario sólo adquiere por el contrato locativo la simple tenencia o disfrute, la posesión natural que define el artículo 430 del repetido Código, distinción que explica el que el arrendador sea parte legítima para promover el juicio de desahucio, pues aunque cedió el uso o tenencia de la finca arrendada al arrendatario, sigue teniendo la posesión real de la misma a título de dueño, por lo que el artí

culo 1584 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le legitima activamente para promover el juicio de desahucio". (127)

(127) Sentencia nº 209, de 22-3-1962. Las sentencias nº 684 de 30-9-64 y nº 251 de 12-12-66, hacen parecidas distinciones entre poseedor mediato o superior y poseedor inmediato o subposeedor, teniéndose siempre el Art.432 como el fundante legal de las mismas.

CAPITULO TERCERO

I. COMIENZO, DURACION Y FIN DE LA MEDIACION POSESORIA

Sumario: 1º. Comienzo: A) Posesión precedente. B) Transmisión de la Posesión. C) Posesión del Mediador. D) Adquisición por representante. - 2º. Duración: A) Mantenimiento de la Mediación. B) Presunción de Posesión Intermedia. C) Intervención posesoria.- 3º. Fin: A) Desde la posesión Mediata. B) Desde el Mediador Posesorio. C) Por Convenio de Ambos Poseedores.

1º. COMIENZO

Hablar del comienzo e inicio de la mediación posesoria es referirse a la transmisión de la posesión inmediata (1), por medio de sucesión singular, limitada y derivativa (2), efectuada, por medio de un poseedor precedente que al hacerlo, permite que el adquirente posea temporalmente y le garantice una posesión superior de carácter mediato (3), o por medio de la Ley (4). La circunstancia de una transmisión semejante hace pensar, que la mediación posesoria se forma por la concurrencia adquisitiva del derecho de posesión y de la aprehensión de he-

(1) Pérez González y Alguer, Anotaciones a Wolff, Ob. cit. p. 88, Iº,1.

(2) Como se sabe, desde el tiempo de los romanos se admitía la adquisición de la posesión de dos maneras: una originaria, cuando la aprehensión se efectuaba independientemente de la existencia de un poseedor precedente; y la otra derivativa, cuando la misma se obtenía por medio de transmisión de un poseedor a otro (Bonfante, Ob. cit.ps. 364-365); Jörs-Kunkel, Ob. cit.ps.161 a 165.)

(3) Wolff, ob. cit., p. 56, dice que: "La posibilidad de una posesión superior a otra la da la naturaleza del derecho, en cuyo ejercicio posee el subposeedor. El que posea en ejercicio un derecho de posesión privado del de otro y limitado frente a éste, procura a este otro un señorío superior actual, para el ejercicio de un derecho de señorío presente más amplio, el cual es fuente del derecho inferior y cuya extinción favorece a aquél".

cho de la cosa, lo que en buena parte se confirma, cuando se ha dicho que la mediación posesoria se fundamenta en una relación jurídica. Se afirma también, aunque de manera parcial, que la mediación - deviene por sucesión singular, limitada y derivativa, porque por lo menos el derecho de posesión le adquiere el mediador, mediante la transmisión que inter-vivos le hace el poseedor mediato, quien conservando a su vez un derecho de posesión, configura en el mediador un derecho de alcance más limitado que el que él conserva, razón - por la que su derecho (el del mediador) tiene carácter derivativo. El principio de la mediación posesoria supone: A) Una posesión precedente; B) Transmisión de la posesión y C) Una posesión del mediador posesorio.

A) POSESION PRECEDENTE

Es indudable que para que el mediador posesorio inicie una nueva posesión a partir del establecimiento de la relación jurídica, es necesario que el poseedor precedente se encuentre no sólo en posesión de la cosa (5), sino también del derecho que se va a transmitir (6). a) Respecto a la posesión de hecho de la cosa, creemos que

(4) García Valdecasas, Ob. cit., p. 37, dice que "Se adquiere la posesión derivativamente cuando se obtiene de un poseedor anterior que su consentimiento o por ministerio de la Ley".

(5) Martín Pérez, Ob. cit., ps. 116-117, nos dice que además del acuerdo entre transmitente y adquirente para el traspaso de la posesión, es necesario la efectividad del hecho de la posesión, esto es, el supuesto de que el transmitente tenga realmente señorío de hecho sobre la cosa.

(6) García Valdecasas, ob. cit., p. 40, sostiene que, "supuesto necesario de la transmisión del derecho de posesión, es que el -

es imprescindible se encuentre bajo el poder del transmitente, precisamente porque nadie puede transmitir lo que no tiene (7), por lo que entendido en sentido contrario, exigiría entonces necesariamente permanezca la cosa bajo su dominación, a efecto de ponerla a disposición de su sucesor fáctico, lo que no impediría tal supuesto, en el evento que la cosa a ese momento esté en manos de un servidor de la posesión o un representante, ya que en ambos casos, el poder de señorío continúa radicando en el poseedor. El poder de hecho del transmitente debe de suponer verdadera posesión al tenor del artículo 430 del Código Civil, porque de lo contrario dicha transmisión, en principio, carecería de toda validez para fundar un derecho. Sin embargo, estimamos que para la adquisición de hecho de la cosa por parte del mediador posesorio, bastaría aún el haberla recibido de un no-poseedor (servidor de la posesión, por ejemplo), porque como se expuso supra página 48, lo que se debe tomar en consideración es la apariencia de derecho que el transmitente ofrece objetivamente, pues la protección a la buena fe de un tercero que adquiere confiado en la apariencia y el tráfico económico social de los bienes (8), exigen por razones de seguridad jurídica

(6) (cont. pág. ant.)...transmitente tuviese la posesión",entendiendo nosotros esto último, como la posesión del derecho.

(7) Morales Moreno, Ob. cit.,p. 206,dice: "La preexistencia de posesión en el cedente no sólo es un presupuesto lógico, sino también jurídico, porque en otro caso no habría transmisión".

(8) Font Boix, ob. cit. ps. 1608 a 1613, señala una serie de presupuestos necesarios, tanto en el enajenante como en el adquirente, para que tenga existencia y efecto la transmisión A Non Domino, indicando en el último entre otros la Buena fe, justo título y la posesión precedente en el transmitente.

e intensidad de las relaciones de intercambio patrimonial, el garan
tizar al mediador adquirente una posesión estable del bien adquiri
do, máxime si se piensa que en dicha transmisión no se encuentra com
prometido el domin de la cosa, que continúa en poder del poseedor
verdadero.- b) Pero, además, el transmitente debe de tener bajo su
poder el derecho de posesión (9), que es precisamente el que va a -
concederle al mediador posesorio la posibilidad de realizarse como
poseedor en esa dimensión. Normalmente dicho derecho de posesión se
identifica como contenido en el derecho pleno de propiedad; sin em-
bargo, como en la relación de mediación, como ya se vió, puede dar-
se una gradación de posiciones en relación con la cosa, es posible
entonces entender que el mencionado derecho puede ser uno de menor
alcance que aquél, como resultaría ser el relacionado con el usufrucu
to, arrendamiento, etc. Pero lo fundamental que debe ser señalado -
en el derecho de posesión del transmitente, no obstante concedérsele
un derecho al mediador para que posea la cosa, es que, además de con
servarse ese mismo derecho adquiere al momento de la transmisión un
derecho de exigir del mediador la entrega de la cosa. Este derecho
desde luego, no es el transmitido, sino que es parte del poder jurí
dico que conserva el poseedor mediato, ya que el derecho derivado -
que obtiene el mediador, aparte de la especificidad en que consiste
el derecho adquirido según el título de que se trate (usufructo, de
pósito, prenda, etc.), supone fundamentalmente el poder tener la co

(9) Albaladejo, Ob. cit., p. 71, sostiene que en el supuesto de ad-
quisición de la posesión como derecho mediante acuerdo de los -
interesados se requiere "que el transmitente tenga la posesión
como derecho..."

sa bajo su señorío. Esa circunstancia del título en que se fundamenta el derecho a la posesión del mediador, que lo es derivado, limitada y singular, hace a nuestro entender, que la posesión obtenida (o el derecho de posesión) por el mediador, sea distinta a la de su causante (10), fundado a la vez también por ser una posesión de grado inferior, conforme se expuso supra página 62.

B) TRANSMISION DE LA POSESION

Respecto a la transmisión de la posesión en la institución de la mediación posesoria, creemos que deben distinguirse tres cuestiones fundamentales, a saber: a) Transmisión del derecho de posesión; b) Transmisión del hecho de la posesión y c) Concurrencia de Voluntades.

a) TRANSMISION DEL DERECHO DE POSESION

Se ha sostenido supra página 82, que la posesión del mediador posesorio es una posesión de derecho, porque la misma deviene de una relación jurídica basada en un convenio de partes o en una

(10) Ruggiero, Ob. cit., p. 836, expresa: "En la sucesión a título particular, ya sea por acto mortis causa o inter vivos, como no hay, según dijimos, ni transmisión de la posesión ni sustitución de una persona por otra en la relación posesoria, habrá - dos posesiones distintas, la del autor y la del sucesor, en forma que cada una conserva sus cualidades y caracteres propios. La posesión adquiere en el sucesor a título particular caracteres propios e independientes de los que poseía el autor, esto es, podrá ser legítimo o de buena fe aun habiendo sido ilegítimo o de mala fe en el autor".- Igualmente se pronuncia Puig Peña, Ob. cit., p. 420, cuando dice que la adquisición derivativa constitutiva de la posesión, en el derecho adquirido por el causahabiente, no es el mismo que el de su causante, pues no existe una plena identidad de contenido, pese a que entre ambos hay derivación y comunicación.

disposición de la Ley. En ese sentido ha de quedar claro, que al hacer mención del derecho de posesión, nos estamos refiriendo al derecho subjetivo que compete al sujeto de tener bajo su denominación una cosa (*ius possessionis*) y no, a la naturaleza e índole de la posesión, que ya de por sí se encuentra señalada en el artículo 430 del Código Civil. El artículo 438 *ibídem* dispone: "La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho". Se ha sostenido, que como los derechos son de naturaleza incorporal, no es posible que los mismos puedan ser ocupados o que puedan quedar sujetos a la acción de nuestra voluntad (11), por lo que entonces se debe entender, que la transmisión del derecho de posesión se ha de efectuar "... por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho" (12). Ello supone, como se adelantó líneas atrás, que la transmisión del derecho de posesión hacia el mediador se efectúa a través de: 1º) convenio o contrato entre las partes y 2º) por medio de la Ley.- Antes de referirnos a los modos antes indicados, conviene señalar en firme, que esa circunstancia ya de por sí califica la adquisición de la mediación posesoria como derecho, como una forma derivativa de obtener la posesión, de lo que nos da buen testimonio el propio Saleilles, quien expresándose con bastante claridad en el comentario al BGE dice: "Antes de indicar el artículo 858 que el poseedor directo, respecto a -

(11) Puig Peña, ob. cit., p. 422.

(12) Altaladejo, ob. cit. p. 70.- Morales Moreno, ob. cit. p. 201, expresa: "De referirse la expresión del artículo 430 al derecho poseído, en lugar de a la posesión (calificada de derecho), quedaría reducida la última forma adquisitiva del referido precepto a la posesión de los derechos sin base objetiva corporal".

la posesión y frente al otro, debe de estar en la situación de un derechohabiente o de un obligado a término, declara efectivamente que este estado necesita fundarse en una relación análoga a aquéllos cuya enumeración acabé de hacer (usufructuario, acreedor pignoraticio arrendatario, etc.), la cual comprendía sólo poseedores cuya pose—sión procede del que se califica de poseedor mediato" (13); circuns—tancia la anterior que no debe de ser confundida, con la adquisición del derecho de posesión en general, entre los que cabría señalar la posesión mediata, en el sentido de que ésta pueda ser adquirida originariamente como bien lo apunta Alhaladejo (14).

1º) Adquisición de la mediación por medio de
contrato

Se podría estimar que este medio adquisitivo es el más usual para dar origen a la mediación posesoria y su punto esencial de partida, podría decirse, lo constituye el consentimiento expresado por ambas partes (Arts. 1254 y 1258 del C.c.). El consentimiento, como — bien se sabe, supone en el contratante la capacidad jurídica para — obligarse, como bien puede desprenderse del artículo 1263 *ibidem*, —

(13) La Posesión, Ob. cit. ps. 376-377.

(14) Ob. cit., p. 75, expresa: "En los casos vistos, la adquisición de la posesión como derecho, es — a tenor de lo dicho más arriba— originaria o derivativa, según que la posesión adquirida — se base o no en otro anterior. Originaria, por ejemplo, en el siguiente caso de posesión mediata: B es arrendatario de una — cosa que le arrendó y entregó A; y C, que alega ser su dueño, comina públicamente a aquél a que la considere suya y le pague la renta, a lo que B accede, principiando C a cobrarla".

por lo que entonces debe ser considerado como un elemento esencial - para el nacimiento de la mediación posesoria (15). Ahora bien, tal - capacidad de obrar debe exigirse a ambos contratantes, porque de lo contrario no podría generarse el derecho de posesión en el mediador, lo que plantearía dilema, en el supuesto de incapacidad jurídica - en el medianor. El artículo 443 del Código Civil dispone que los menores e incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas, pero necesitan de la asistencia de un representante legítimo para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor. En cuanto a la adquisición de las cosas la doctrina en general estima (16), que es suficiente la simple voluntad de querer, por lo que sería innecesario cualquier matización cualificadora de dicha voluntad al respecto. Sin embargo, en cuanto a los derechos, como lo dispone la norma antes citada, dichos incapaces requieren de un representante para el uso de

(15) Wolff, Ob. cit. ps.73-74, hablando sobre la transmisión por convenio, al que señala como un verdadero negocio jurídico, o un - contrato, dice que "por ello, requiere la plena capacidad de - obrar: son posibles la condición y el término; si hay vicios de voluntad, es impugnabile; y si la transmisión de la posesión se hace por una persona de capacidad de obrar limitada, su eficacia queda en suspenso. El convenio nulo no transmite la posesión y como falta una aprehensión real del señorío, ni siquiera habrá adquisición originaria de la posesión..."- García Valdecasas, ob. cit. p. 40, se pronuncia en términos semejantes, agregando, que cuando la adquisición de la posesión lo es por medio de contrato, "deberán aplicarse las reglas pertinentes".

(16) Wolff, Ob. cit., p. 73, habla que deben darse dos voluntades dirigidas a la entrega corporal de la cosa, pero no dos declara- ciones de voluntad.- Albaladejo, ob. cit., p. 68.- Castán, ob. cit. p. 487,- Espín, Manual, Ob. cit., p. 52.- Puig Brutau, Ob. cit., - ps.78-79.- Puig Peña, Ob. cit., ps. 423-424.

dichos derechos, a lo que agregaríamos nosotros, que también los requerirían para la adquisición de los mismos, según lo dispuesto por el artículo 1263, antes citado cuando dice que "No pueden prestar consentimiento..." refiriéndose a los incapaces. Ahora bien, en este punto habría que plantearse la cuestión, de si es el representante o el incapaz quien adquiere el derecho de posesión; realmente, si nos atenemos a una interpretación rígida habría que concluir con el adquirente del derecho lo sería el propio representante; sin embargo lo que sucede con tal representación es que, el representante sustituye con su propia capacidad, la incapacidad de su representado, razón por la que le permite adquirir el derecho para el incapaz (17). El derecho adquirido por el mediador, estamos, lo es por medio de una sucesión jurídica (18) de carácter limitado, en el sentido de que el mediador adquiere un derecho de su sucesor, aunque éste sea de características nuevas y diferentes al que mantiene el transmitente; por esa razón se dice que su posesión no deviene de sucesión alguna, sino que lo es totalmente nueva (19). Sin embargo, la circunstancia de ser un derecho el transmitido, entraña en alguna medida el que, aun de alcances diferentes al que radica en poder del transmitente,

(17) Ruggiero, Ob. cit.ps. 828 a 830, con bastante amplitud toca el tema.

(18) Espín, La Sucesión en la Poesión..., ob.cit., p. 595, dice: "Para que pueda hablarse de sucesión jurídica en la posesión es me nester que la adquisición de ésta por parte de uno, dependa de la posesión de otro, es decir, que exista una relación de causa lidad entre la pérdida de posesión del antiguo poseedor y su ad quisición por el nuevo; en una palabra, que haya adquisición de de rivativa y no originaria de la posesión".

(19) Ruggiero, ob. cit., p. 836.

pueda arrastrar hacia el mediador posesorio, determinadas singularidades de la posesión del transmitente, tal y como nos lo dice García Valdecasas. "...La posesión no sólo es un hecho, sino también un derecho, y es evidente que las consecuencias jurídicas (el "ius possessionis") de la posesión adquirida derivativamente dependen en no pequeña medida, de la posesión del transmitente" (20); así tendríamos por ejemplo, como lo señala el autor antes citado, que la posesión transmitida produce ciertos efectos del todo extraños a la posesión originaria, tales como la facultad de utilizar las acciones posesorias que competían al transmitente, así como el tener que sufrir los vicios de la posesión del antecesor, si al momento de la adquisición el adquirente los conocía; razón por la cual, termina diciendo: "...demuestra que la adquisición derivativa de la posesión extraña una verdadera sucesión jurídica, si bien de efectos limitados". Por otro lado, específicamente creemos que en cuanto a la mediación posesoria de hecho habría que destacar singularmente, que si bien el poseedor mediato al momento de transmitir el derecho de posesión al mediador, conserva su derecho y su posición de poseedor respecto a la cosa, es indudable que respecto a la tenencia o conservación de la cosa y su disfrute, según lo señala el artículo 432 del Código Civil el mediador ha venido a sucederle clara y plenamente, porque mientras el mediador se mantenga en su posición, el poseedor mediato estará privado de tener esas facultades que podría brindarle su derecho, aun que sea temporalmente, transmisión ésta que por tal razón, no sería posible enmarcar en lo dispuesto por el artículo 460, 2º ibidem, por-

(20) La Posesión, Ob. cit., ps. 37-38.

que en la misma se contempla la pérdida completa de la posesión por el cedente. Por último, nos parece que bien puede afirmarse con García Valdecasas, que a la mediación posesoria nacida de convenio, puede aplicársele también las normas generales de los contratos, en lo tocante a sus requisitos formales, capacidad, objeto, causa, efectos y nulidad.

2º) Adquisición de la mediación posesoria por medio de la ley.

La mediación posesoria por medios legales puede originarse, a través de una norma expresa o por disposición judicial. Del primer modo ocurriría por ejemplo, en el supuesto de la patria potestad, según se desprende así de los artículos 159 y 163 del Código Civil porque es claro que, siendo los padres los administradores legales de los bienes del hijo y teniendo las obligaciones de un usufructuario, es de presumir que se encuentren en la posesión de dichos bienes. Igualmente estimamos que sucede con la tutela legítima, por la que el tutor entra en la guarda (Art. 199) de los bienes del pupilo (21). Algo semejante ocurre con lo dispuesto por el artículo 526 párrafo 3º reformado por Ley nº 5454 de 17 de enero de 1974, del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, cuando en él se dispone en lo conducente: "Desde el momento en que el Albacea tome posesión del cargo, entrará de plano, sin formalidad alguna, en la posesión de los bienes

(21) Wolff, Ob.cit., p. 57.- Pérez González y Alguer, ob. cit., ps.63 64, se muestran conformes con que el tutor puede ser mediador posesoria del pupilo.

sucesorios": de esta manera, el Albacea se constituye en mediador posesorio de los herederos. En cuanto a la adquisición de la mediación posesoria por vía judicial, bastaría señalar el caso del depósito judicial o secuestro, cuando éste tiene lugar según el artículo 1785 - del Código civil, por decreto de embargo o aseguramiento de bienes litigiosos, en donde el Juez designa a un tercero para que conserve los bienes que se encuentran afectos al resultado de un litigio entre dos o más sujetos. En este caso podría darse la circunstancia de que la mediación posesoria ejercida, lo es, para dos posesiones mediatas de igual grado, como resultaría ser en que dos personas dentro del proceso se atribuyan la propiedad de la cosa, conforme lo señala el artículo 445 *ibidem*.

b) TRANSMISION DEL HECHO DE LA POSESION

En la transmisión de la posesión como hecho en la mediación, se han de distinguir los siguientes aspectos: 1º) Intransmisibilidad del hecho de la posesión; 2º) Entrega corporal y 3º) Entrega por convenio.

1º) Intransmisibilidad del hecho de la posesión

Se ha sostenido por la doctrina en general (22) que la transmisión de la posesión como hecho no puede efectuarse, por lo que ésta se adquiriría únicamente de forma originaria, debido a que un hecho es imposible de transferirlo de una persona a otra y que en consecuencia, el mismo se presenta nada más, cuando el sujeto por iniciativa personal -

(22) Albaladejo, ob. cit., p. 66.- Ruggiero, ob. cit. p. 834.- Wolff, Ob. cit. p. 72 in fine.-

ejecuta los actos en que consiste tal forma de posesión. No obstante, se objeta tal posición (23), haciéndose la observación que tal argumento es más naturalístico que jurídico, pues ha de observarse que en semejante transmisión, hay coincidencia de objetos y contenidos y fundamentalmente, una coordinación sucesoria, en el sentido de que previa la entrega se dan: a) previa existencia de la posesión en el transmitente; b) confluencia de voluntades y c) medio jurídico ad hoc para el traspaso. Pero, además, con tal transmisión, se da una sucesión en los efectos y cuando ésta existe, es porque hay una sucesión en la posesión, pues ésta como hecho es presupuesto de aquéllos. Estimamos - que en el caso de la mediación, aunque como se comprenderá que en la transmisión del hecho de la posesión no importa a que institución se refiera, verdaderamente existe una adquisición originaria de la posesión, pues en realidad el hecho como tal, según se afirma, resulta intransmisible. La circunstancia de que el transmitente deje a disposición del mediador posesorio la cosa, para que éste la aprehenda y realice actos posesorios, no significa ni mucho menos, el que el hecho de posesión del transmitente se traslade al mediador: éste no recibe ningún hecho de su antecesor, sino que lo que adquiere es la cosa y - ésta, de ninguna manera resulta ser un hecho personal del causante, - sino un objeto sobre el cual recaen actos de conducta subjetiva denominados hechos, que si bien son de carácter jurídico, no por ello dejan de ser singulares e individuales. Ahora bien, como apunta Morales Moreno, es indudable que entre el desprendimiento de uno y adquisición de otro del objeto de la posesión, media una cierta continuidad, que

(23) Morales Moreno, ob. cit. ps. 206 a 208.

a nuestro entender corresponde al orden jurídico-abstracto, y nunca - al temporal fáctico en que se encuentran inmersos los hechos humanos, los que realmente forman el desprendimiento por uno y adquisición por el otro de la cosa, situación la anterior, que nos lo parece confirmar el propio Messineo (4), cuando dice que en la tradición de la cosa - se habla de adquisición derivativa, solamente para subrayar que la adquisición de la posesión tiene lugar con el asentimiento y la participación del anterior poseedor y no por el comportamiento único de - quien adquiere la posesión, situación que es del todo válida en el orden conceptual (subrayado nuestro). Parecido concepto es expresado - por Albaladejo (25). Pero, además, consideramos que tal criterio de - la intransmisibilidad del hecho de la posesión se encuentra conformado por el propio sistema en que se fundamenta el código, pues al disponerse por el artículo 438, que la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad, es porque se ha tomado en consideración la definición dada ya en el artículo 430 ibidem sobre lo que es posesión de cosa y entonces, no bastaría siquiera esa - continuidad jurídica en el orden conceptual para la adquisición de la mediación en la cosa, si real y efectivamente no se ha aprehendido materialmente el objeto de la posesión (26). Es punto de suma importan-

(24) Ob. cit., ps. 219-220.

(25) Ob. cit., p. 66, textualmente dice: "Sin embargo, se utiliza la expresión "transmisión de la posesión" como hecho, para significar que el poder de hecho lo adquiere una persona sobre una cosa porque otra, desprendiéndose de ésta, se la entrega, con lo que - le confiere tal poder: por ejemplo, A da la cosa a B. Y, atribuyéndole este sentido, se puede hablar de transmisión de la posesión como poder de hecho".

cia a los efectos de la constitución o inicio de la mediación, el tomar en consideración lo expuesto, pues si de alguna forma se quisiera obviar la toma corporal de la cosa, mediante la sustitución de la misma por conceptualizaciones, estimamos que la mediación no tendría inicio jurídicamente, en los efectos que tal situación traería, hasta - tanto no se haya tomado el señorío de hecho de la cosa. Vallet de Goytisolo estima, que si bien la posesión del dominio sobre la cosa se - transmite en la formalización escrituraria, ello no supone la transmisión de la tenencia, que sólo se puede adquirir materialmente (27). Quiere decir entonces que en lo tocante a la adquisición de hecho de la posesión, la mediación posesoria es originaria y no derivativa.

2º) Entrega corporal

Se ha adelantado ya en el epígrafe anterior de alguna manera, que la mediación posesoria de hecho, se inicia por la toma corporal - de la cosa por parte del mediador. Para que la adquisición de la posesión pueda efectuarse de hecho, dispone el artículo 438 del Código Civil que la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa

(26) Fuentes Ysunza, José B., Usucapión contra Tábulas, Rev.Gral.Leg. y Juris., En-Jun.1960, p.357, expresa: "...aunque medie la tradición "Ficta", si el transferente no tiene la posesión de la cosa no puede transmitirla y el adquirente no puede entrar en el el - señorío jurídico de la cosa, lo que equivale en nuestro Derecho a no haber existido transmisión; o mejor, ha existido una transmisión inexistente, en cuanto en apariencia han existido título y tradición; pero en la realidad falta el modo de adquirir, por no suponer tradición la llamada "ficta", a causa de no tener el transferente la posesión de la cosa".

(27) Ob. cit., ps. 568 a 570. Igualmente Albaladejo, ob. cit. ps. 69-70.

o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad..."; estas dos formas de arbitrar la toma o adquisición de hecho de la posesión, sostiene una corriente doctrinaria - (28), en realidad son una sola, pues si la cosa se ha ocupado materialmente, ya no tiene sentido el que la misma quede sujeta a la acción de nuestra voluntad, porque la aprehensión corporal ya de por sí supone tal actividad y si la cosa se adquiere cuando la misma queda bajo la acción de nuestra voluntad, no se hace entonces necesario su ocupación material. En realidad la observación nos parece exacta, a la que se podría agregar que si ya de por sí la cosa se adquiere de hecho porque la misma quede bajo la acción de nuestra voluntad, la ocupación material quedaría subsumida en tal forma de adquisición. Ahora bien, como dejamos expuesto líneas atrás, la adquisición de hecho de la posesión en la mediación es originaria, por lo que, para lograr la toma u ocupación de la cosa, es necesario que el anterior poseedor la entregue "mano a mano" al mediador para que éste la ocupe materialmente a que se le conceda la posibilidad inmediata y efectiva (29), de ejecutar el señorio de hecho sobre la cosa cuando así lo desee. A esta forma de transmisión se le denomina también tradición real (30), pues tradición y entrega son términos sinónimos: la tradición es la entrega de una cosa - para trasladar a quien la recibe la posesión de la misma (31).

(28) Pérez González y Alguer, Ob. cit.p.76; Martínez Pérez, Ob. cit.ps. 111-112; Morales Moreno, ob. cit. p. 200.

(29) Albaladejo, ob. cit. p. 69.

(30) García Valdecasas, ob. cit. p. 38.

(31) Martín Pérez, Ob, cit. p. 114.

3º) Entrega por convenio

Se le denomina también tradición o aprehensión ficticia (32) y consiste en una atenuación, digámoslo así, del concepto de ocupación o aprehensión material de la cosa, en donde sin efectuar esta última, la cosa queda bajo el poder del adquirente. Así ocurre en el supuesto mediante convenio, cuando la cosa está en situación de que el adquirente ejerza sin más el señorío de hecho (33), sin que ni la voluntad del transmitente ni otro obstáculo exterior, le impida hacerlo. "La transmisión de la posesión por simple convenio crea, - nos dice Wolff (34) -, pues, una facilidad frente a la adquisición originaria y frente a la entrega corporal: el convenio en el caso de posibilidad del señorío funda la posesión, sin que el poseedor tengan que aprehender materialmente la cosa. Por otra parte, este convenio, a diferencia de la entrega corporal, no es un mero "acto real", sino un negocio jurídico propiamente dicho, un contrato".- En este punto cabe hacer la distinción, en cuanto a lo que deba entenderse por convenio: uno podría ser, la formalización de voluntades en el consentimiento que formaría un contrato y a la que parece se refiere Wolff; y la otra, en el simple acuerdo de voluntades, sin mayor matización, por la que se expresa por ambas partes el asentimiento de que el adquirente asuma sin mayor y ulterior formalismo, el señorío de hecho sobre la cosa: a este último es al que nos estamos refiriendo. Otras formas de adquisición por convenio podrían ser, la tradición "longa manu" y el "cons

(32) Castán, Ob. cit. p. 488.

(33) Albaladejo, ob. cit. p. 69.

(34) Ob. cit. ps. 73-74.

titutum possessorium", definiéndose por la primera aquella adquisición o traslado de la posesión efectuada por medio de la mostración de vista, que el transferente hace al adquirente de la cosa objeto del negocio y la segunda, por el cambio de animus que se opera en el poseedor material de la cosa, al que nos referiremos más detalladamente en el siguiente aparte (35).

c) CONCURRENCIA DE VOLUNTADES

Para completar el cuadro de la transmisión de la posesión, nos parece indispensable hacer referencia al elemento "voluntad" inmerso siempre en todo tema de posesión. Para ello, creemos oportuno, pueda hacerse una subdivisión del concepto "voluntad", con el objeto de clarificar este importante momento de la transmisión de la posesión y por ello, nos parece, existen tres significados diferentes del mismo, que nos permitiremos denominar, para fines didácticos de exposición, de la siguiente manera: 1º) Voluntad legal; 2º) Voluntad material y 3º) Voluntad posesoria.

1º) Voluntad legal

A este aspecto en cierta forma nos referimos, cuando se expuso sobre el consentimiento, como aspecto de la capacidad jurídica para contratar. Y lo hacemos ahora de nuevo, porque, como se vió, también existe la forma legal para la adquisición de la mediación. Con voluntad legal queremos señalar la capacidad jurídica del sujeto, no sólo para contratar, sino para que pueda ser sujeto activo de una relación

(35) García Valdecasas, Ob. cit. p. 39.

jurídica por la que se da nacimiento a la mediación posesoria. Es a la voluntad o capacidad contenida en el artículo 1254 del Código Civil, - cuando en éste se dispone que los contratantes "consienten en obligarse", la que estimamos indispensable radique tanto en el transmitente - como en el mediador adquirente, para que pueda nacer la mediación. Se dirá, que la misma ya se presupone en cualquier acto o negocio jurídico realizado por cualquiera que aspire a la posesión; pero, precisamente es necesario deslindarla: un niño de meses, un demente o cualquiera otro incapaz, no puede jurídicamente, no sólo contratar, sino comprometerse a tener bajo su poder una cosa que se le encomiende, debido a que carece de voluntad de poder para hacerlo; y si no lo puede hacer no puede ser sujeto en la relación jurídica de mediación, aparte, claro está, de los casos en que figure por él su representante legal, aspecto éste distinto al que tratamos. Ahora bien, esta incapacidad volitiva puede ser total o parcial, si en el primer caso se trata de un demente y en el segundo de un niño de escuela, en donde su capacidad disminuida obedece más a su inmedurez, que a la ausencia completa de voluntad.

2º) Voluntad material

A esta voluntad se refieren los autores como aquella simple de "querer" traspasar (en el tradens) y aprehender (en el accipiens) la materialidad de la cosa (36). No es una voluntad calificada, por la -

(36) Puig Peña, Ob. cit. ps. 423-424; Wolff, ob. cit. p. 70; González Pérez y Alguer, ob. cit., p. 76; Albaladejo, ob. cit. p. 68. Castán, ob. cit. ps. 482-483; Espín, Manual..., p. 52; Puig Brutau, ob. cit., ps. 78 a 80.

se puede jerarquizar o singularizar la posesión, sino es la pura y simple de entregar y adquirir la cosa; puede ser que la misma se manifieste con sólo dejar a disposición del accipiens la cosa y que éste a su vez, pueda estar en condiciones de tomarla cuando lo desee. Por esa razón se dice en el artículo 443 del Código civil, que los menores y los incapacitados pueden obtener la posesión, porque en la misma interviene nada más el querer apoderarse materialmente de la cosa.

3º) Voluntad posesoria

Sería, por último, aquella que se expresa a través de la intención del tradens y del accipiens, de que éste último señoree de hecho la cosa (37), o sea, el mínimo de animus que exige el artículo 430 para que se de la posesión. Como se puede apreciar, a los efectos de lograr una hermeticidad en la transmisión de la posesión, estimamos indispensable, que el elemento voluntad antes señalado en sus tres diferentes aspectos, debe de concurrir en ambos sujetos, aunque sean en momentos distintos (38), para dar nacimiento a la institución.

C) POSESION DEL MEDIADOR

Estimamos de importancia señalar como último aspecto de la adquisición de la mediación posesoria, el momento en que ésta se inicia y -

(37) Albaladejo, ob. cit., p. 68. Igualmente Wolff, ob. cit., p.72-73.

(38) Wolff, ob.cit., ps. 56-57, dice: "El factor tiempo no afecta al concepto de derivación y no es necesario que el derecho de posesión del poseedor superior haya nacido antes que el del subposeedor; es posible, incluso, que el subposeedor haya adquirido con anterioridad."

nos parece que con lo que hasta el momento se ha dicho, es posible distinguir tres momentos a saber: 1º) Nacimiento de la relación obligacional; 2º) Ocupación o adquisición de la cosa y 3º) Nacimiento pleno de la mediación posesoria.

1º) NACIMIENTO DE LA RELACION OBLIGACIONAL

Se podría identificar este momento con la aparición de la relación jurídica o con la adquisición de la posesión como derecho. En efecto, tan luego como el mediador posesorio consienta en mediar en la posesión de una cosa, ya devenga ésta por contrato o por imperativo legal sin que siquiera ocupe materialmente la cosa y aun, sin que tenga posibilidad alguna de someterla a la acción de su voluntad, se inicia una relación jurídica de mediación posesoria, aunque limitada en sus efectos. De esa manera, podemos concebir como, según lo que se había afirmado anteriormente, el mediador posesorio puede exigir del tradens ponga a su disposición la cosa para ocuparla. Si no fuera así, no podría entenderse en qué poder se fundamentaría el mediador, a efecto de obtener la posesión de hecho de la cosa. Por otro lado, mientras esté privado de tener corporalmente la cosa, se encontrará con que no goza de los efectos propios que depara la tenencia de la misma, como lo sería la interposición de los interdictos, pues aunque ostente un derecho de posesión, el mismo no tendría un fundamento real en la cosa, - hasta tanto no la tenga en su poder (39).

2º) OCUPACION O ADQUISICION DE LA COSA

Si por otro lado, el sedicente mediador, sin que medie previa relación jurídica, se apodera de la cosa y empieza a poseerla, si bien po

(39) Martín Pérez, ob. cit., p. 118.

dría constituir una posesión plena, de la que pueda aprovechar los interdictos en su defensa, es lo cierto que no ha llegado a constituir ninguna relación de mediación, porque no ha contado con la aquiescencia o consentimiento del anterior poseedor, como sería de rigor (40) el hacerlo. De tal manera, que en este caso ni siquiera habría posibilidad alguna de constituir la mediación posesoria, hasta tanto no se obtenga el consentimiento del poseedor anterior.

3º) NACIMIENTO PLENO DE LA MEDIACION POSESORIA

Se produce la mediación posesoria plena, cuando como consecuencia del establecimiento de la relación jurídica entre el tradens y el accipiens, éste último, ocupa de hecho la cosa o asume el señorio de hecho sobre la misma, por quedar ésta bajo la acción de la voluntad del mediador y a partir de ese momento se inician todos los efectos que de tal relación se derivan (41).

D) ADQUISICION DE LA MEDIACION POSESORIA POR REPRESENTANTE.

Dispone el artículo 439 del Código Civil que "Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato algu-

(40) Wolff, ob. cit., p. 72 dice: "la entrega corporal (en la transmisión de la posesión inmediata) requiere la obtención del poder de hecho, al igual que la adquisición originaria, pero, a diferencia de ésta, con la voluntad del poseedor anterior".- Martín Pérez..., p. 114.

(41) Moreno Mocholi, Ob. cit., p. 25, dice: "El contrato de arrendamiento de cosa, una vez perfeccionado inicia, como es sabido, su consumación, con la entrega que la parte llamada arrendador, hace a la otra, en cumplimiento de una de las más fundamentales obligaciones que a virtud de aquella convención nacen."

no; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique". Esta adquisición es la que dicen algunos se obtiene mediante terceros, que vienen a sustituir en el poseedor la aprehensión del corpues y también, excepcionalmente, el animus (42). Estimamos que si la representación puede ejercerse legalmente en la posesión en general, lo es también posible en la específica de la mediación posesoria, pues como figura, la representación a lo que tiende es a prestar algún servicio por cuenta o encargo de otra (Art. 1709 del C.c.). No obstante se sostiene que "En rigor la adquisición de la posesión por medio de otro no encaja dentro del concepto técnico de representación, pues salvo casos excepcionales, la posesión no se adquiere por negocio jurídico, sino por acto material. El llamado representante no lo es realmente, pues no actúa en nombre del adquirente sino en sustitución de él". (43), pues sabido es que "suele afirmarse que la representación se admite, como regla, para el negocio jurídico en general" (44). Salvada la posición doctrinal anterior y con fundamento en el artículo 439 ya citado, es fundamental para que exista adquisición de la posesión a través de representante: 1º) que el representante adquiera el poder de hecho sobre la cosa y 2º) que tal adquisición la ha con la intención de procurárselo a su representado (45), presupuesto desde luego que éste tenga también la intención de apropiarse la cosa, salvo el caso del incapaz, en cuyo caso será el propio representante quien supla con su propia voluntad, de la que carece su representado. De esta forma de adquirir por representación la posesión, pareciera que ha de

(42) Wolff, ob. cit., p. 83.- Ruggiero, ob. cit. p. 828, in fine.

(43) García Valdecasas, ob. cit., p. 42.

(44) Albaladejo, La Representación, ob. cit., p. 775.

(45) García Valdecasas, ob. cit., p. 42.

mantenerse fuera al servidor de la posesión de la posesión, quien al actuar por dependencia, realmente no lo hace con definida representación del poseedor, sino más bien como medio o instrumento en la prolongación de la actividad del poseedor: de ahí que verdaderamente no se le considere un representante (46). Sin embargo, lo que debe llamar a reflexión concretamente en la mediación posesoria es, si al momento de adquirir la posesión el representante, sea posible lo haga para su representado o si adquiriéndola en su carácter personal, deba posteriormente ponerla a disposición del mediador posesorio, para que éste inicie verdaderamente la mediación en la posesión. En el desarrollo de tal cuestión sería posible distinguir dos aspectos a saber: 1º) la adquisición de la posesión como derecho y 2º) la adquisición de la posesión como hecho. En el primer supuesto estimamos no existe mayor dilema, puesto que pudiéndose adquirir el derecho de posesión por medio de negocio jurídico, es claro que el representante, que tiene por constitución intrínseca el actuar en los negocios jurídicos, tan luego celebre el mismo, está permitiendo que su representado adquiera plenamente el derecho, pues su actuación por serlo en nombre y por cuenta de su representado, facilita que se de el tránsito normal del derecho, a la manera en que se produce la sucesión jurídica (47). Lo que si ofrece dificultades, según creemos, es el segundo supuesto, pues presenta los mismos problemas de la adquisición de hecho de la posesión ya apuntadas, debido a que ésta se adquiere por acto material y no por negocio jurídico. Para algunos la cuestión

(46) Pérez González y Alguer, ob. cit., p. 85, quienes al reproducir el texto del artículo 431, dicen que, "Este ejercicio de la posesión en nombre de otro no implica necesariamente un supuesto de representación en sentido técnico".

(47) Albaladejo, La Representación, ob. cit. p. 777.

parece obviada con sólo que exista en el representante, la voluntad de tener la cosa para el representado, pues de esta manera, éste ya adquiriría la posesión de hecho sobre la misma a partir de aquel momento (48). Para otros lo que sucede es que, técnicamente el representado no adquiere la posesión, sino los efectos de ésta, que, de hecho está en poder del representante (49). Parece más acorde con la realidad de la posesión este segundo criterio, porque de esa manera se mantiene vigente el concepto de que la posesión como hecho es intransferible y a la vez, sin embargo, se está facilitando al mediador el que tan luego ocurra la aprehensión, pueda de inmediato iniciar la mediación al recibir los efectos de aquélla. Más, estimamos, que todo dependerá del criterio que se pueda tener respecto a considerar, si al momento de la aprehensión de hecho de la cosa por parte del representante, éste adquiere o no la posesión de la cosa. Si partimos de que la posesión es la tenencia de una cosa (Art.430) y de que el representante (de la índole que sea éste: legal, voluntario o gestor de negocios), al momento de la aprehensión se pronuncia con verdadera personalidad jurídica, o sea con propia iniciativa en el acto del apoderamiento, que es perfectamente factible al tenor del artículo 1717 del Código Civil, estimamos entonces que la posesión como hecho la adquiere el representante y hasta tanto no le sea entregada la cosa por éste, el representado no adquirirá la posesión de hecho de la cosa, sino que recibirá únicamente los efectos que de la misma emanen. En ese sentido habría que concluir que el sedicente mediador posesorio, lo sería únicamente del derecho de posesión y que hasta tanto no le sea entregada la cosa, no podría -

(48) Ruggiero, ob. cit., p. 829.

(49) Albaladejo, Derecho Civil, ob. cit. p. 76.

iniciar su mediación plena. Pero, no por ello, podría pensarse que el representante en el que asume la mediación en la posesión, pues como - se comprenderá, por un lado, no es partícipe (y en consecuencia no de viene ningún derecho de posesión) de la relación jurídica que originó la mediación (aunque el haya contribuido a formarla al suscribir, por el representado, el contrato de arrendamiento, por ejemplo), puesto - que el mismo lo es el representado; y por el otro, que entre el repre sentado y él, no ha mediado una relación jurídica por la que él (el - representante), adquiera derecho alguno de posesión sobre la cosa, - pues si la tiene en su poder, lo es en cumplimiento de un mandato y - no por un personal interés. Y, por último, si se estima que el repre- sentante, como actúa en nombre y por cuenta del representado, al mo- mento de aprehender la cosa, no lo está haciendo con señorío o poder propio, sino como una manifestación de la actividad propia del repre- sentado, se tendría que admitir entonces, que tan luego como ocurra la aprehensión, el mediador iniciaría la mediación plenamente. De esta - última manera nos parece se pronuncia Ruggiero (50) cuando dice que - el representante ha de tener la voluntad de ejercitar el derecho por cuenta ajena, no para sí y agrega: "Su voluntad debe de dirigirse a - adquirir para nosotros, no para sí o para un tercero, porque en este caso nada adquiriríamos nosotros. Pero no precisa de un modo absoluto - cuando el corpus se verifique por mandato - que el mandatario tenga la intención de adquirir directamente para el mandante o que declare querer adquirir para éste la posesión; se adquiere ésta por el repre sentado, aun cuando el representante haya querido adquirir primero pa ra sí con la intención de hacer luego poseedor al mandante, y también

(50) Ob. cit. ps. 829-830. En términos semejantes se pronuncia Espín Manual, p. 53.

cuando no haya hecho una declaración contraria, es decir, cuando no haya declarado querer adquirir para sí; de lo que deriva que cuando nuestro encargado haya recibido la cosa entregada a él por cuenta - nuestra, la posesión de tal cosa se entiende sin más adquirida para nosotros, y no tendrá eficacia alguna para privarnos de tal posesión una declaración contraria del accipiens".

2º. DURACION DE LA MEDIACION

A) MANTENIMIENTO DE LA MEDIACION

Se dice que la posesión se conserva mientras no se pierda (51). Esta verdad, que en apariencia podría encerrar una "perogrullada", podría plantear problemas si de la mediación posesoria se trata, pero - como los mismos estarían más relacionados con la pérdida de la posesión, los dejaremos para plantearlos en esa oportunidad. En general, puede decirse, que la posesión ha de mantenerse en el mediador, mientras éste tenga la intención de comportarse como tal y mantenga a su vez, el señorío de hecho sobre la cosa (52). Cabría por dicha razón - afirmar, en principio, que la mediación se mantiene sine die hasta su terminación. Sin embargo, es indudable que por la índole misma de la institución, por el derecho derivado del mediador y la forma de constituirse (generalmente por convenio), es posible fijar o prever el -

(51) Puig Peña, ob. cit., p. 426, cita nº 27.

(52) Savigny, ob. cit. ps. 176 y 183, dice: "La primera condición de la continuación de la posesión, consiste en una relación física con la cosa poseída, por la cual no es posible ejercer sobre ella nuestra influencia... La segunda condición que se requiere para la continuación de la posesión es la voluntad del poseedor (animus) que se rige con oorta diferencia por los mismos principios que la relación física..."

término o lapso de tiempo en que la mediación tenga vigencia; así - puede ocurrir con la forma en que se constituye el usufructo, arrendamiento, comodato, etc. Pero mientras tal circunstancia no ocurra es indudable que al igual que la posesión en general, "... para conservar la posesión (aplicándolo nosotros a la mediación), no es necesario de hecho ejercerla continuamente, sino que basta la posibilidad de reanudar cuando se quiera el ejercicio de ella". (53). En cierta forma, a ello se refiere el artículo 461 al disponer que "la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su - paradero". Este artículo alude también, al otro aspecto básico en - la conservación de la posesión, al decir que la cosa no se entiende perdida "... mientras se halle bajo el poder del poseedor..."; o - sea, que mientras el poseedor, el mediador en nuestro caso, mantenga el poder o animus posesorio y sin que la ocupación actual de la cosa le sea contestada por un tercer poseedor, es indudable que la mediación se mantiene. Plantearía problema sin embargo el determi- - nar, si sería posible conservar la mediación posesoria en el supues- to de extinción del derecho del poseedor mediato. En este punto cabría hacer la distinción, de si la extinción lo es por la sustitución del poseedor mediato actual por otro o de la extinción completa del derecho de la posesión mediata. En el primer caso, estimamos que la mediación ha de mantenerse, porque la sustitución del poseedor media- to actual por otro, deja incólume la institución de la posesión me- diata, debida esencialmente a que ha existido una verdadera subroga-

(53) Barbero, Ob. cit., p. 393.

ción (54). Mientras que en el segundo caso habría que entender, que si bien como se ha dicho, el mediador posesorio en la conservación de la cosa se pronuncia con cierta sustentividad e independencia - (55), tal y como debe desprender también del artículo 432 del Código Civil, es lo cierto que al faltar la causa que ha originado la mediación, ésta como un efecto de aquella, no podría mantenerse -- (56). La circunstancia de que un titular de una cosa la entregue a otro sujeto para que la use y disfrute, indudablemente condiciona - en cierta forma, el que la posesión del último se apoye en la titularidad de su causante y se mantenga, mientras dicha titularidad - exista, pues ésta es a su vez fuente de la relación jurídica que une a ambas partes y de donde, a su vez, emana el derecho derivado del mediador posesorio.

(54) Moreno Mocholi, Ob. cit., p. 39, destacando que la vinculación de un tercero a la relación arrendaticia ya creada, puede ser - objeto de pacto, sin que por ello sufra el derecho del arrendatario estima que "... cuando la ley introduce la novedad de obligar al adquirente, no cambia en esencia el contenido ni la duración del deber, sino que se limita, de una parte, a impedir esa transformación, y de otra, a ligar al tercero, no por razón de carga real, sino por méritos de subrogación especial que impone, al estimar al comprador sucesor del vendedor en la obligación". Se pronuncia en parecidos términos Ginot Llobateras, Francisco, El arrendamiento otorgado por el Usufructuario, Anuario de Derecho civil, oct. dic. 1986, p. 1212,ss.

(55) Supra Nota nº 72, p. 80 .

(56) Soto Nieto, Francisco. El Usufructo y la Prórroga Arrendaticia urbana, Rev. Gral. de Derecho. Set. 1953, p. 419. expresa que - el usufructuario no debe constituir arrendamientos más allá - del límite temporal de la vigencia de su derecho, pues "...se - ha de afirmar la absoluta subordinación de la relación arrendaticia constituida a la vigencia del usufructo, conforme al principio "resoluto juris dantis, resolvitur jus concessus", ya que - al extinguirse la causa, debe también desaparecer el efecto de

B) PRESUNCION DE POSESION INTERMEDIA

El artículo 459 dispone: "El poseedor actual que demuestra su posesión en época anterior, se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario". En dicha presunción se debe hacer la observación de que la ley no presume que probado que se empezó a poseer, se continúe poseyendo, sino, que si se prueba que se poseyó antes y en la actualidad, se opera la presunción de que se poseyó en el lapso intermedio (57). La mencionada presunción a nuestro entender, tiene una mayor fuerza de convicción jurídica, en los supuestos en que el poseedor haya iniciado su posesión originariamente, pues de esa manera, pueden aprovechar el tiempo en la consolidación de su posesión. Más, tales alcances, estimamos, no se consiguen del todo en la mediación posesoria, precisamente porque ésta tiene siempre su origen en una relación jurídica, que de alguna manera ya, determina el principio y la continuación de la mediación, mientras no se demuestre lo contrario, pero sobre todo, por que a través de la misma, se obtiene una certeza del derecho por el que el mediador se encuentra poseyendo. Sin embargo, como es lógico pensar, la mencionada presunción no es posible desecharla del todo - en la mediación, si se toma en cuenta los posibles despojos o disputas que el derecho de la mediación puede suscitar con terceros, en donde puede resultar de escasa ayuda la fecha de iniciación de la mediación.

(56) (cont. pág. ant.) ... la misma...". Ginot Llobateras, Ob.cit., p. 1220, se pronuncia también en semejantes términos.

(57) Albaladejo, ob. cit., p. 78.

C) INTERVERSION POSESORIA

El artículo 436 del Código Civil sienta una presunción de continuidad en la posesión, según el título por el que la misma se haya adquirido, cuando dispone: "Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario". De esa manera, el mediador posesorio se mantiene y continúa poseyendo, en las mismas condiciones en que inició su mediación; así por ejemplo, si se constituyó como arrendatario, depositario, comodatario, etc., se tiene por cierto que mientras dure su posesión, lo seguirá siendo en esa misma condición (58). Ello resulta de esa manera porque, en principio, la Ley ha creado una serie de mecanismos o vínculos objetivos que por sí solos determinan la indole en que la posesión se adquiere; en la mediación posesoria por ejemplo no depende de la expresa voluntad subjetiva del mediador el crear la institución de la mediación; sino, que a su vez, la misma depende de la voluntad del poseedor anterior; y aún más, ambas voluntades conformes por sí solas, no lograrían crear por su sola intención, las condiciones y vínculos jurídicos característicos de la institución (59). - Por esa razón, es del todo admisible el que deba presuponerse la continuación, una vez adquirido, el título por el que se posee, sin que

(58) Ruggiero, Ob. cit., ps. 827-828, dice que nadie puede cambiar por sí solo la causa o el principio de donde trae origen su posesión; por lo que "Para proteger a quien posee mediante otros, el Código sienta como regla que cuando se haya comenzado a poseer en nombre ajeno se presume que se continúa poseyendo por el mismo título en tanto no se produzca prueba en contrario".

(59) Saleilles, ob. cit., ps. 124 a 127.

un cambio psicológico unilateral venga a variar, lo que por sí solo no ha podido crear. Pero aún más, la seguridad jurídica y el tráfico mercantil exigen estabilidad en las relaciones jurídicas entre los hombres, a efecto de poder lograr el fin de satisfacer las necesidades sociales, lo que no podría lograrse si los sujetos tuvieran el poder de variar por su sola intención la causa por la que poseen (60). No obstante, la norma en comentario prevee en su parte final, que si se logra probar la existencia de un cambio en el concepto ó título por el que se posee, el mismo es suficientemente válido. O sea, en otras palabras, que el ordenamiento jurídico permite el cambiar la causa por la que se empezó a poseer e iniciar una posesión contitula distinto (61). En Derecho francés, no obstante disponer el artículo 2240 del Código civil que "nadie puede cambiar por sí mismo la causa y el principio de su posesión" (62). "Sin embargo, esta regla de la perennidad del estado precario, no es absoluta; el -

(60) Morales Moreno, ob. cit., p. 101. Dice que el concepto de dueño, ante un posible cambio de título en un poseedor inferior, adquiere dimensiones objetivas en su desenvolvimiento, "...lo que puede expresarse en el principio de continuidad o persistencia del concepto jurídico en que se adquirió la posesión. El mismo indica una referencia al momento inicial, lo que indirectamente supone contemplar desde el título a la posesión actual; el título configura toda la vida de la posesión".

(61) Morales Moreno, Ob. cit. ps. 101-102, al referirse a la interversión posesoria, la define de la siguiente manera: "Consiste esta en un cambio del concepto en que se posee, por efecto de una mutación del animus, adecuadamente exteriorizada, de quien ya tenía la cosa por algún otro concepto. La interversión incide, desde el animus del poseedor, en el concepto jurídico en que se tiene la cosa..."

(62) Vallet de Goytisolo, ob. cit., ps. 569-570.

artículo 2231 supone que una posesión, de primera intención precaria puede convertirse en posesión verdadera, a título de propietario. Y en efecto, el título primitivo, fuente de la precariedad, puede ser modificada. La modificación puede provenir bien del hecho de un tercero, bien del hecho del detentador mismo (art. 2238)" (63). Se estaría en el primer caso, cuando el mediador posesorio adquiere de un tercero que estima propietario, la propiedad de la cosa (64). En el supuesto segundo, el cambio de título se operaría por una franca oposición, que el mediador haga al propietario, alegando el ser el verdadero propietario de la cosa. Sin embargo, esta oposición no debe ser confundida con una simple negación del derecho de propiedad o con un disfrute desmesurado y extralimitado del derecho que el mediador tiene para poseer la cosa; es necesario, "de acuerdo con el artículo 2238..., que haya contradicción opuesta al propietario, o sea, que una cuestión acerca de la propiedad de la cosa surja entre ellos. Esa cuestión puede ser judicial, sin que sea necesario un litigio. Podrá darse siempre que el arrendatario notifique al dueño su pretensión a la propiedad por acto extrajudicial, manifestándole que en lo sucesivo, no pagará el alquiler o la renta" (65). En Derecho italiano, al igual que en el francés, se da una presunción de continuidad en la posesión del mediador, cuando por el artículo 1141 se dispone en lo que interesa que "Si alguno ha comenzado a tener la tenencia,-

(63) Jesserand, ob. cit. ps. 57-58. Buonocase, ob. cit. p. 638 se pronuncia en términos parecidos.

(64) Colin y Capitant, ob. cit. ps. 578-579.

(65) Planiel y Ripert, ob. cit. ps. 163-164.

no puede adquirir la posesión hasta que el título no venga a ser cambiado por causa proveniente de un tercero o por fuerza de oposición por él hecha contra el poseedor"; semejante disposición también se encuentra contenida en el artículo 1164 con motivo de la usucapión (66). Lo que, como se vé, no impide que el título por el que inicialmente se comienza a detentar una cosa, pueda ser variado, ya sea por causa de un tercero o la oposición que el tenedor haga al poseedor. Desarrollando el contenido de las normas antes citadas y refiriéndose concretamente a la interversión del título, Barbero nos dice: "Este hecho puede consistir (arts. 1141, ap. 2º y 1164), o en una mutación del título de ejercicio del poder de hecho por causa proveniente de un tercero (ejemplo: venta de la cosa por parte de un tercero a quien la tiene ya en posesión como arrendatario, el cual, desde ese momento, si el tercero vendedor no era propietario, no habiendo adquirido su propiedad por el contrato, adquiere la "posesión" por mutación de título), o en la oposición del mismo "detentador" contra aquel que por su medio era "poseedor" (por ejemplo: negativa del inquilino a pagar el alquiler, jactándose de propietario, aun a sabiendas de que no lo es, o jactando otro derecho atributivo del goce, aún a sabiendas de no tenerlo). En virtud de uno de estos hechos, el "detentador" sin "posesión" pasa a ser "poseedor" con "detentación", y el precedente "poseedor" sin "detentación" cesa también de ser "po--

(66) Messineo, ob. cit. p. 218, expresa: "Obsérvese que la ley (art. 1164) prevé otra figura de interversión; pero la misma opera - contra el derecho del propietario, no contra el derecho del poseedor".

seedor"; de manera que, si no provee a tutelarse haciendo valer su derecho, e incluso, defendiéndose a su vez en vía posesoria (mediante la acción de despojo o mantenimiento), corre el riesgo de sucumbir, para los efectos de la posesión, en favor del detentador" (67). Como se vió, a diferencia de los ordenamientos francés e italiano, en el español si bien se acepta la posibilidad del cambio en el título por el que el mediador posee, no se arbitra por el artículo 436, ninguna forma a través de la cual pueda efectivamente hacerse: únicamente, se dice, con que se pruebe el cambio o inversión del título, sería suficiente para que operara la interversión (68). Esa circunstancia ha motivado que se haya sostenido el criterio por algunos autores (69) de que, al no encontrarse prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico que el poseedor, por sí mismo, mude la causa de la posesión, es admisible, sin necesidad de que medie acto de oposición al propietario, ni causa proveniente de un tercero, el que se pueda variar el título por el que se empezó a poseer. Sin embargo, más recientemente se ha adoptado la postura, de que el cambio que puede realizar el poseedor, no puede revestir las características de subje

(67) Ob. cit. ps. 395-396.

(68) La doctrina en general admite la existencia en el ordenamiento español de la interversión posesoria y así se pronuncian Díez - Picazo, ob. cit. ps. 57-58; García Valdecasas, ob. cit. ps. 24-25 Espín, Manual, p. 40; Martínez Pérez, ob. cit., ps. 68-69; Vallet de Goytisolo, ob. cit., p. 571; Morales Moreno, ob. cit. ps. 62-63; Castán, ob. cit. p. 502.

(69) De Buen, Anotaciones a Colin y Capitant, ob. cit. ps. 985-986, - Espín, Sucesión en la Posesión... Ob. cit. ps. 625-626, quien, al parecer acepta también la posición sostenida por De Buen.

tivo, o sea, realizado por la propia intención del poseedor, sino que debe adoptar un ámbito objetivo, derivado de una franca oposición o contradicción al derecho del propietario o que provenga de un tercero (70); afirmándose incluso, para que opere la inversión del título los siguientes elementos: 1º) De conformidad con el artículo 436, la inversión debe de ser probada, lo que supone que ésta se realice de forma inequívoca y sin que se puedan alegar los actos tolerados del artículo 444 para fundarla; 2º) Que deberá realizarse publicamente con conocimiento del dueño; 3º) Que no es suficiente la mera declaración de voluntad; 4º) Que no basta el mero incumplimiento de las obligaciones del mediador para con el propietario; 5º) Es necesario de hecho, positiva o negativamente, actuar como propietario, y éste debe, para conservar la posesión, actuar positivamente como tal; 6º) Que la inversión se produzca a través de actos propios y formalidades legales (art. 436), cuando el poseedor adquiere de un tercero no propietario la propiedad de la cosa (71). La interversión posesoria, de la manera en que se encuentra regulada en el artículo 436 y como se ha visto la

(70) Martín Pérez, ob. cit., p.68; Díez Picazo, ob. cit.ps. 57-58, entre cosas dice: "Parece claro que el simple propósito o deseo — del poseedor, no es por sí sólo bastante para cambiar la causa o el tipo posesorio. Es preciso que se realicen actos jurídicos objetivos y externos, que justifiquen el cambio experimentado en su situación jurídica". Vallet de Goytisolo, ob. cit.ps. 566 y ss. sostiene que para la inversión del título de poseedor, no basta con un cambio de animus, sino que es necesario que realice actos de propietario o le impida al dueño hacer los propios.

(71) Vallet de Goytisolo, ob. cit., ps. 571 a 575.

entiende la doctrina en general, ha de admitirse pueda ser utilizada por el mediador posesorio, pero comprendiéndose en la misma, una fron tal contradicción entre el nuevo derecho argüido por el mediador y el que posee el poseedor mediató, ya sea por una acción proveniente del propio mediador o de una causa externa ajena a la voluntad de ambos - (72), debido esencialmente no sólo a la naturaleza propia de la inter versión, sino también a la índole propia de la relación jurídica causante de la institución, en el sentido de que, siendo un derecho deri vado y de menos alcance que el de su causante, ha de requerir una manifestación del mediador de tal índole, que para que prospere su iniciativa, debe de ser probada judicial o extrajudicialmente, lo que in dica ya de por sí, el carácter unilateral (entendido éste así por la no participación voluntaria o consentida del propietario) y beligerante de la posición del mediador. A ello creemos también, que no se opone la disposición del artículo 463 al decir que "los actos relativos a la posesión, ejecutados o consentidos por el que posee una cosa aje na como mero tenedor para disfrutarla o retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño...", porque, además, de que ya

(72) Messineo, ob. cit. p. 272, refiriéndose a la traditio brevi manu como un cambio del título de detentador en poseedor, advierte - sin embargo: "No hay que confundir la traditio brevi manu con - la intervención: esta última es el modo como la detentación -... -se transforma en posesión, en contradicción del poseedor y, por consiguiente, sin su voluntad...; la traditio brevi manu es un modo de convertir la detentación en posesión, con la voluntad del poseedor..." - Martín Pérez, ob. cit. ps. 63-64, dice que hay dos formas de cambiar el título: la conversión y la inversión; la primera se da con el concurso del propietario, mientras que la segunda, opera sin o contra la voluntad de éste.

de por sí la actuación del mediador está garantizada por el artículo 436 citado, es lo cierto que los actos a que se refiere la norma transcrita, lo son aquéllos en que el mediador se extralimite en el ejercicio de la posesión y por consecuencia "... no implican una posesión contraria al deste (el dueño), una posesión que por afirmar el grado superior se pone en contraste con aquélla..." (73). Por último, además de las formas admitidas por la doctrina antes citadas (contradicción del mediador y causa proveniente de un tercero, que no debe ser confundido este último con el propietario o poseedor en concepto de dueño), se cita una tercera denominada Judicial, que bien podría aplicarse en la mediación posesoria, cuando por medio de una sentencia se "sustituye el título e intervierte el concepto en que la posesión se tuviera. A partir de ella se comenzará a poseer bajo el concepto que ella fija y en muchos casos la situación posesoria, aun en los supuestos en que se le estime antijurídica (74) quedará descualificada jurídicamente y convertida en meramente tolerada". No está demás agregar, que la interversión posesoria, aun en los supuestos en que se le estime antijurídica (75), constituye una realidad en la vida de la posesión y su estructura y razón de ser encaja y se acomoda con la forma en que nace y se desenvuelve la posesión, o sea, en el campo concreto de los hechos (76).

(73) Pérez González y Alguer, ob. cit. p. 98, in fine.

(74) Morales Moreno, ob. cit. ps. 101, 102, 103 y 354.

(75) Morales Moreno, ob. cit., p. 103, dice que "La interversión unilateral es contraria a Derecho, porque supone un acto antijurídico de características similares al despojo. Podemos calificarla de despojo impropio".

(76) Martín Pérez, ob. cit., ps. 69-70.

3º. FIN DE LA MEDIACION

La Mediación Posesoria como institución jurídica nace por el concurso jurídico y material, del poseedor mediato e inmediato y po
dría decirse por la razón, que la pérdida o terminación de la me-
diación en la posesión, tiene sus implicaciones y consecuencias en
ambas posiciones, cuando ocurren supuestos de pérdida de posesión -
tanto en la posesión mediata como en la inmediata. Sin embargo, inde-
pendientemente, la pérdida de la posesión de una y de otra, no siem-
pre condiciona la finalización de la mediación y en sentido contra-
rio, la finalización de la mediación, no implica necesariamente la
pérdida o extinción de la posesión en general. Este primer plantea-
miento, creemos, tiene su fundamentación, no sólo en la índole pro-
pia de la institución, sino también, de lo que aparentemente sostiene
parte de la doctrina (77) en lo tocante a este punto, cuando se di-
ce que: "Así como la posesión se adquiere o constituye cuando se -
cumplen los supuestos de hecho de cada clase de posesión, de igual
modo se pierde o extingue cuando cesan esos supuestos. Este criterio
general, inspirado en una razón de natural congruencia, conforme a -
lo cual si ciertos supuestos de hecho de cada clase de posesión, de
igual modo se pierde o extingue cuando cesan esos supuestos. Este -
criterio general, inspirado en una razón de natural congruencia, con-
forme a la cual si ciertos supuestos integran la existencia de una -
posesión de determinada clase, la ausencia de tales supuestos ha de
significar la falta de posesión...". En base a lo precedente estima

(77) Pérez González y Alguer, ob. cit. p. 93.

mos, que la mediación posesoria puede terminar de acuerdo a determinados supuestos que se den ya en la posesión mediata, ya en la inmediata o la del mediador posesorio, o por el acuerdo de ambos poseedores pudiendo influir en dicha terminación, elementos de orden voluntaria o involuntaria, según sea o no, la intención manifiesta de cada uno de los poseedores dichos.

A) DESDE LA POSESION MEDIATA

1º. Voluntaria

Hemos examinado líneas atrás, que si bien el derecho del mediador posesorio deviene a través de la relación jurídica del derecho superior del poseedor mediato, es lo cierto que una vez constituido el mismo, la posesión del poseedor mediato se fundamentará y dependerá a su vez en alguna medida, de la que como hecho sustenta el poseedor inmediato o mediador posesorio (78), lo que nos dice a las claras, de que entre las dos posesiones existe una mutua y recíproca dependencia (79), que, aunque limitada, no deja por ello de influir en la existen-

(78) Deleilles, La Posesión, ob. cit., ps. 375-376, afirma que la posesión del mediador procura a su vez la posesión del poseedor mediato para quien constituye "un medio de conservar y afirmar su propia posesión sobre la cosa... Por eso no existe posesión mediata sino en la medida en que se ejerce la posesión directa".

(79) Beltrán de Heredia, J., Usufructo sobre Usufructo..., Rev. de Derecho Priv. May-Junio, 1941, p. 296, expresando que el objeto del Usufructo es el mismo que el de la propiedad, lo que por ello resulta ser un gravamen en cosa ajena, supone entonces una limitación al derecho del propietario y termina diciendo: "Por eso el usufructo es un derecho limitativo, pero, al mismo tiempo, limitado dentro de aquella limitación".

cia de ambas. Esa es la razón por la que, en determinados supuestos, la terminación de la posesión mediata determina a su vez, la finalización de la mediación posesoria. Ello ocurre normalmente, porque con la extinción del derecho del poseedor mediato, se extingue la relación jurídica o vínculo interpartes que mantiene vigentes ambas posesiones. Así ocurriría en el supuesto de venta de la cosa por parte del poseedor mediato en concepto de propietario, por ejemplo, con el arrendamiento (80) (Art. 1571); el comodato (art. 1741), que por ser un contrato de carácter personal (81) implica, que la enajenación de la cosa, extinga la relación jurídica existente. Otro tanto parece puede suceder en el supuesto del depósito, cuando debido a la existencia de un contrato, el depositario debe de entregar la cosa a la persona designada en el mismo (Art. 1766). No obstante, por ejemplo, estimamos que con fundamento en el artículo 489 del Código Civil, la

(80) Casas Martínez, A. La extinción del derecho del arrendador..., Rev.Der.Priv., Nov. 1953, p. 978, dice: "En la legislación común pues, la venta de la cosa arrendada produce la terminación del arriendo, y, en consecuencia, estimamos que los arrendamientos excluidos de la legislación especial, - no protegidos - quedarán sometidos a la acción del Art. 1571, del Código Civil, y así la venta de los solares, corrales, cercados, etc., dará lugar a la terminación de los contratos de arrendamiento existentes sobre los mismos..." - Block, José M^e. Arrendamiento de Inmuebles, Rev.Crit.Inmob., Ag.Set., 1948, p. 505, admite que con la venta de la cosa, el arrendamiento termina, lo que demuestra que el mismo representa un derecho personal.

(81) Martín Retortillo, Cirilo. El comodato..., Anuario Derecho Civil Oct. Dic. 1953, p. 845, quien dice que en dicha institución, el uso de la cosa al comodatario "... por la especial naturaleza de este contrato ultimado por y para una persona determinada..."

enajenación de la cosa por parte del propietario, no daría lugar a la terminación del usufructo, fundamentalmente por la índole real de este derecho, lo que no impediría sin embargo que se produzca tal extinción, cuando se resuelve el derecho del constituyente (propietario) (Art. 513, 6º ibidém). Otro supuesto de extinción de la mediación posesoria por extinción del derecho del poseedor mediato, nos lo proporciona el artículo 480 del Código Civil cuando en él se dispone, que todos los contratos celebrados por el usufructuario, includo el arrendamiento, se extinguen cuando finalice el derecho de usufructo (82), porque teniendo este carácter temporal, no se entiende que los contratos emanados en su vigencia, puedan mantenerse a la extinción de aquél. Menos claro que el precedente, aparece el caso de la evicción en el supuesto de arrendamiento; el artículo 1553 del Código civil dispone en lo conducente que "Son aplicables al contrato

(82) Casas Martínez. Ob. cit., p. 981, dice: "Hasta la aparición de las disposiciones especiales arrendaticias los contratos celebrados por el usufructuario quedaban resueltos al extinguirse el usufructo... Nuestro Tribunal Supremo en la sentencia ya citada de 5 de diciembre de 1.941, frente al sector que sustentaba la opinión opuesta defendió la vigencia del Art. 480 del Código Civil, diciendo que la prórroga de los contratos de arrendamiento no es aplicable a los que dimanen del derecho de usufructo, ya que no se concibe sin la supresión clara y rotunda de tal derecho se quiera dar a los contratos que de él derivan una extensión temporal mayor que la que el mismo usufructuario tiene, pues otra cosa significaría la desnaturalización completa del derecho de usufructo..."- Albaladejo, Ob. cit., p. 80, dice que la posesión se pierde como derecho, por ejemplo: "En ciertos casos - por pérdida del derecho (definitivo) sobre la cosa: así, tratándose..., de posesión mediata de quien es usufructuario a término, y dio la cosa en arrendamiento, se pierde la posesión mediata del usufructuario, al extinguirse su derecho de usufructo".

de arrendamiento las disposiciones sobre el saneamiento contenidas en el título de la compraventa". Ello supondría, por interpretación extensiva del artículo 1475 *ibidem*, que operada la evicción y por consecuencia, extinguido el derecho del propietario poseedor mediato, se extinguiría también el arrendamiento. No obstante, se sostiene el criterio, que la demanda de evicción conforme lo refiere el artículo 1553 citado, no afecta al arrendamiento, porque la demanda dicha se dirige contra el propietario y no contra quien usa únicamente de la cosa, por lo que "... esta evicción no afectaría al arrendatario porque el vínculo personal entre arrendador y arrendatario no se altera con la venta de la cosa ni, en consecuencia, con la pérdida de la cosa al ser vencido en juicio el arrendador" (83). Sin embargo, tal criterio es combatido bajo el argumento de que, si bien es cierto que directamente la relación jurídica entre arrendador y arrendatario no sufre, porque la demanda de evicción lo es para recuperar la cosa, es lo cierto que, privado el arrendador de la cosa, se extingue su derecho y por consecuencia, el derecho del arrendatario por ser derivado de aquél, debe de seguir la misma suerte, sin que sea posible sostener que "...el evicte - su vencedor en juicio -... quede vinculado por los contratos otorgados por el arrendador vencido... Por tanto, en los arrendamientos comunes al evicte puede accionar contra el arrendatario, quedando -

(83) Beltrán de Heredia de Onis, P. La Obligación de sanear en el Arrendamiento. Rev. Der. Priv. Mayo 1964, p. 376-377, diciendo en esta última página, que es en el supuesto de la existencia de dos arrendatarios distintos de la misma cosa, o sea de doble arrendamiento, cuando se puede hablar de evicción en el arrendamiento.-

extinguido el arriendo..." (84). Se ha afirmado que la mediación se - constituye por la relación jurídica existente entre los dos poseedores y la aprehensión de hecho o señorío, que el mediador realice sobre la cosa. En el supuesto de evicción en comentario, si bien inmediata y - directamente, la relación jurídica entre poseedor mediato y mediador - no sufre las consecuencias, es lo cierto que, privados ambos de la co- sa, fundamento del derecho y relación jurídica que sustentan, no podrá ejercer sus respectivos derechos y esa situación prolongada en el tiem- po, necesariamente conlleva la terminación de la mediación posesoria, pues "El que sólo haya tenido posesión sin señorío efectivo sobre la - cosa, pierde la posesión, si desaparece para él la posibilidad de ejer- cer el poder, por ejemplo, si otro aprehende la cosa materialmente".

(85). Se podría argumentar, que como subsiste la relación jurídica y - como el arrendador está en la obligación de mantener al arrendatario - en el goce de la cosa (Art. 1554, 2º, 3º), el arrendador no puede de- jar de proporcionar al arrendatario-mediador la cosa y, en todo caso, debería suministrarle otra igual o semejante. Nos parece que con tal - solución no se resolvería adecuadamente el problema en primer lugar, porque si bien es cierto que sobre el arrendador-mediato pesa tal obli- gación, éste nada podría hacer, ante la reivindicación que el verdade- ro propietario hiciere de su cosa, y como nadie está obligado a lo im- posible, está claro que ante la evicción el arrendador se vería im- po-

(84) Casas Martínez. Ob. cit., ps. 984-985.

(85) Wolff, ob. cit. p. 90. Igualmente se sostiene que perdido siempre el corpus en la relación posesoria, se pierde siempre la pose- sión; De Diego, Ob. cit., p. 321; Castán, Ob. cit. p. 494; Espín, Manual, p. 58; García Valdecasas, ob. cit. p. 44; Martín Pérez, - ob. cit., p. 149; Albaladejo, ob. cit., ps. 78 a 80.

sibilitado para mantener o restituir la cosa al mediador. Y en segundo lugar, si el arrendador suministrara una nueva cosa al mediador, es indudable que ha de contar con el consentimiento de éste, o sea, que de cierta manera, lo que se estaría creando sería una nueva relación jurídica o, por lo menos, introduciendo una modificación sustancial en la existente, que haría del todo inviable, el poder estimar que de lo que se trataría es de una simple continuación de la relación jurídica primitiva. Por otro lado, puede presentarse la extinción de la mediación posesoria, cuando el poseedor mediato abandona su posesión al tenor del artículo 460, 1º, pues de esa manera el mediador quedaría como único - poseedor y su función mediadora cesaría: continuaría poseyendo como poseedor inmediato. Existe no obstante criterio contrario a que el mediador inicie una posesión en concepto distinto y así se nos dice: "Con el abandono del poseedor mediato no se extingue, en realidad, el título lo que si ya no tiene significado para quien ha abandonado, si lo tiene, en cambio, para el otro sujeto de la relación posesoria: el poseedor inferior. Como consecuencia, no se cambia el concepto de su posesión, y puesto que se trata de una situación de usucapión, no justifica un comienzo de posesión en nombre propio que pudiese perjudicar al verdadero titular." (86). Además de que el criterio expuesto por dicho autor contravendría los supuestos del artículo 460, 1º del Código Civil cuando dispone que la posesión se pierde por abandono de la cosa, es - lo cierto, que, en sí mismo, considerado el abandono, encierra no sólo una pérdida de la cosa, sino que también y esencialmente una extinción del título que autorizaba al poseedor mediato a poseer. Ruggiero nos -

(86) Morales Moreno, ob. cit. p. 328, Nota nº 88.

dice que se pierde la posesión, cuando a un tiempo cesan el animus y el corpus en el poseedor, ya sea por enajenación de la cosa o "cuando haga el poseedor un acto de delictio abandonando la cosa hasta entonces poseída" (87). Igual criterio es seguido por Albaladejo (88), García Valdecasas (89) quien expresa que el abandono, por ser un acto material, no necesita una declaración expresa de voluntad, sino únicamente la capacidad legal de querer; Martín Pérez (90) expresa: "La posesión se pierde por el "animus" solo desde que, en un momento cualquiera el poseedor quiere renunciar a su posesión + dice Savigny- pues en ese momento la dirección opuesta dada a nuestra voluntad entraña la imposibilidad absoluta de reproducir la voluntad originaria ... El abandono de la cosa es la contrafigura de la ocupación y de la sumisión de aquella al poder de la voluntad, en paralelismo negativo con los requisitos de adquisición del artículo 438. Es desposesión animo et corpore". Estimamos que el abandono de la posesión por el poseedor mediato, indudablemente que supone una extinción del título por el que éste venía poseyendo hasta ese momento; acto que en sí mismo encierra una verdadera renuncia, que aunque de carácter tácito, no por ello deja de surtir sus efectos, debido a que como se ha afirmado, el acto de abandono es de carácter material y no necesita una declaración de voluntad que así lo exprese externamente. Pero fundamentalmente, el abandono de la posesión mediata, constituye un supuesto de extinción o terminación de la mediación, porque, siendo

(87) Ob. cit., p. 831.

(88) Ob. cit. p. 79.

(89) Ob. cit. p. 45.

(90) Ob. cit. p. 149.

una realidad que el sedicente mediador continúa poseyendo, es lo cierto que ya no lo hace como mediador de poseedor alguno superior, lo que supone entonces, que la mediación como institución se ha extinguido. Pero entonces, en que posición queda poseyendo la cosa dicho mediador? Estimamos que a partir de ese momento su posesión lo será en concepto de dueño, por haberse operado una verdadera interversión en su título a raíz del abandono en comentario. Nos parece que el abandono del poseedor mediato genera la interversión, siempre y cuando un sujeto con mejor derecho no se atribuya la posición abandonada, porque, - en primer lugar, desaparece el derecho del mediador, obtenido por la relación jurídica establecida y extinguida con el abandono, lo que a su vez también se comprenderá, por dejar éste de ser un derecho derivado; y en segundo lugar, porque, manteniéndose la posesión de la cosa, sin el precedente derecho de mediador por el que inicialmente se había adquirido la posesión de hecho, es lógico y consecuente, no sólo subjetiva sino objetivamente, que surja la intención a voluntad en el mediador (que ahora ya no lo sería), el tener que corresponder a su posesión de hecho, con una causa o título jurídico acorde a la nueva situación: situación ésta, como se comprenderá, que no podría ser reconocida en otro sujeto una posesión superior, sino que ha de ser una posesión en concepto de dueño. No obstante, como se apuntó, es posible que desapareciendo el poseedor mediato, sin embargo, se mantenga la mediación posesoria, como en el supuesto indicado en el artículo 440 del Código civil, cuando en el lugar del precedente poseedor, viene a ser ocupado por otro, como ocurre en el caso de que "El heredero adquiere por ministerio de ley, sin necesidad de acto material alguno la posesión que tuviese el causante en el momento de su muerte". (91)

(91) García Valdecasas, ob. cit. p. 41.

Sin embargo, salvadas las excepciones, en todos los casos de extinción del derecho del poseedor mediato, late indudablemente, un sentido general de correspondencia con la extinción de la mediación; y así nos lo parece decir Casas Martínez con las siguientes palabras, que si bien - aplicadas al arrendamiento, pueden generalizarse a los restantes casos de mediación : "El derecho del arrendatario ~~nada~~ como consecuencia y a la sombra del derecho del arrendador sobre la cosa. Y mientras subsista el derecho que dio vida y origen al arrendamiento, entre el derecho del arrendador y del arrendatario hay una relación armónica de causalidad, independientemente de que cambie o no el sujeto del derecho base. Ahora bien, cuando el derecho del arrendador se extingue se rompe esa relación de causalidad y al desaparecer la causa (derecho del arrendador) forzosamente tiene que desaparecer el efecto (derecho del arrendatario)" (92).

2º. Involuntaria

Es posible también que perdiéndose involuntariamente la posesión mediata, traiga consigo la pérdida de la mediación posesoria. El artículo 460, 3º, 4º, señala diversas formas de pérdida involuntaria de la posesión, que si bien no cabría aplicarles con exclusividad a la posesión mediata, si nos situamos desde su posición podremos observar, que aunque indirectamente, la desaparición de la posesión mediata trae consigo la pérdida de la mediación. Es indudable que tanto la destrucción como la pérdida total de la cosa, así como que ésta se sitúe fuera del comercio, fundamental la pérdida de la posesión mediata, precisamente por desaparecer el presupuesto de hecho en que se fundamenta el derecho".

(92) Ob. cit., p. 986.

De los artículos 430, 431 y 432 se desprende que no hay posibilidad de posesión donde "falta totalmente un poder de hecho imputable directa ó indirectamente a una persona" (93). Pero más concretamente nos aparece la pérdida de la mediación en el supuesto que se examina, en la demanda por evicción, en el que el poseedor mediato desconozca los vicios que encierra su adquisición; por ejemplo, cuando A obtiene de B la cosa y desconociendo que pertenece a C, porque B no está legitimado para la enajenación, la vende a D. Declarada con lugar la demanda de evicción, como se vió supra páginas 139 y 140, es innegable que el arrendamiento termina y por consiguiente la mediación de B. En cuanto a otros posibles supuestos de pérdida involuntaria de la posesión mediata y que inciden en la finalización de la mediación, como lo sería el abandono y enajenación de la cosa por el mediador, como tienen que ver con la pérdida voluntaria de éste, se indicarán de seguidos en relación con tal poseedor.

9) DESDE EL MEDIADOR POSESORIO

1º. Voluntaria

Es desde la posición que sustenta el mediador posesorio, de donde más claramente puede observarse la finalización de la mediación de la cosa esencialmente, como fácilmente se comprenderá, a que se refiere precisamente al que con su actividad mantiene vigente la institución: hay mediación posesoria, porque existe y se pronuncia como tal el mediador posesorio. Desde el momento en que tal sujeto deje de interponerse entre el poseedor mediato y la cosa, ya sea porque su actividad lo es en otra dirección o porque la cosa no lo permita, finaliza la mediación

(93) Pérez González y Alguar, ob. cit. p. 98.

y el poseedor mediato deja de ser tal (94). Para que ello ocurra, puede o no estar comprometida la intención del mediador: examinaremos el primer supuesto.- El artículo 436, como ya se apuntó, sienta la presunción juris tantum de continuidad del concepto en que se posee. Sin embargo, si el mediador posesorio cambia la dirección de su animus, en el sentido de no continuar poseyendo con un derecho derivado, sino con un derecho propio a la manera en que posee el propietario, es indudable que la mediación posesoria termina, porque deja de existir la actividad mediadora para otro poseedor y se erige una sola posesión (95). Se pierde igualmente la mediación posesoria y por consiguiente se extingue también la posesión mediata, por abandono que haga el mediador de la posesión (Art. 460, 1º). Este abandono puede producirse por entrega de la cosa a un tercero o por dejar de ocuparla con la intención de no hacerlo más en el futuro (96). Sin embargo, existe una corriente doctrinaria que afirma, que no obstante que el poseedor mediato no sustenta directamente la posesión de la cosa, el abandono que el poseedor inmediato haga de la posesión, "producirá aquél sus efectos para él solo, pues para que se produzca la extinción de la posesión en el poseedor mediato habría de concurrir la voluntad de éste--

(94) Pérez González y Alguer, ob. cit., p. 97, exponen que la posesión mediata se pierde cuando el mediador deja de serlo, o el poseedor inmediato pierde la posesión.

(95) Wolff, ob. cit. p. 93, dice: "Si el arrendatario-aunque contra derecho- deja de poseer como tal arrendatario, se extingue la posesión mediata. Sólo que para ello no basta un cambio secreto en la voluntad del arrendatario".-García Valdecasas, ob. cit. p. 46, más explícito dice que la posesión mediata se pierde involuntariamente, "cuando el mediador posesorio sin abandonar la posesión inmediata, deja de ser mediador del poseedor superior, sino contra la voluntad de éste".

(96) Wolff, ob. cit., p. 90.

te" (97). Nos parece que en tal afirmación existe imprecisión, aunque sutil, pues, si bien es cierto que el sedicente poseedor mediato continúa poseyendo, ya no lo es en calidad de poseedor mediato, sino que ha asumido la posición de poseedor inmediato (98), y entonces si que es cierto, que los efectos que como poseedor mediato le deparaba su posición se han extinguido, como por ejemplo, desaparecerá la pretensión de entrega que tenía contra el poseedor anterior. Para que exista el abandono es preciso, que en el mediador se dé una intención manifiesta en ese sentido y una "desocupación" material de la cosa (99) y ambas cosas ocurren, ya cuando lo hace de manera personal, ya cuando entrega la cosa a un tercero, puesto que éste no mantendrá relación jurídica de mediación con el poseedor mediato.- Se contempla en el artículo 460, 2º, otro supuesto de pérdida de la posesión, cuando en el mismo se dice que la pérdida de la posesión se produce por cesión onerosa o gratuita, que aplicado a la mediación impone determinadas distinciones, a saber: a) si en la cesión que efectúa el mediador poseedor a un tercero, se presenta a éste como propietario de la cosa, es indudable que con la cesión se extingue la mediación, porque el adqui

(97) Castán, ob. cit., p. 495. Morales Moreno, ob. ps. 326-227.

(98) Puig Brutau, ob. cit., p.101, dice: "Entre propietario y poseedor media una relación jurídica que priva al primero de la posesión de la cosa que le pertenece en favor del segundo. En semejantes supuestos, la extinción de la relación que medie entre propietario y poseedor implica la extinción de la causa que justifica la posesión a favor del segundo. Por tanto, cuando el derecho preferente se extingue, la posesión mediata ha de convertirse en inmediata."

(99) Espín, Manual, p. 58, expresa, que como para la adquisición de la posesión se necesita el corpus y el animus, se pierde la posesión cuando "desaparecen estos elementos de la posesión simultáneamente cuando el poseedor pierde el poder de hecho sobre la cosa y al propio tiempo cesa en la voluntad de tenerla..."

rente asume la posición de propietario (100), excluyendo de la relación con la cosa al poseedor mediato.- b) Puede suceder que la cesión abarque únicamente los derechos que como mediador posesorio, el cedente tenga en la cosa, y si bien el mediador primitivo desaparece de la relación jurídica, lo por ello estimamos que la mediación posesoria - se extinga, porque con la cesión, lo que se ha operado es una sustitución en el poseedor inmediato-mediador, manteniéndose la institución de la mediación incólume, porque además de mantenerse el derecho del poseedor mediato, el cesionario vendría a situarse en la misma posición del mediador saliente (101).- c) Por último, puede ocurrir y en

(100) Hernández Gil, Antonio. Nuevas Perspectivas para la interpretación... Discurso leído el 29-11-1976, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Gráficas San Marcos, Madrid, 1976, p. 16, quien, planteando la serie de problemas que dicho artículo suscita y a los que se han dado diversas respuestas, expone que entre otras está la de carácter germánico, a la que denomina progresiva y a la que adscribe su criterio, que resume así: "Conforme a esta interpretación - que llamaremos progresiva -, la equivalencia de la posesión al título significa que la posesión de buena fe de los bienes muebles confiere "ex lege" al adquirente la propiedad u otro derecho real, aunque el enajenante carezca de poder de disposición, por lo que se produce una adquisición "a non domino" que excluye la reivindicación de la cosa por el anterior titular deposeído con el concurso de su voluntad, salvo en los casos de pérdida o "privación ilegal" (concepto éste entendido en términos que no elimine la posibilidad de toda adquisición) y sin perjuicio de las acciones personales de que siempre estará asistido el perjudicado frente al enajenado".

(101) DeCastro, Federico, Cesión del Arrendamiento..., Ob. cit. ps. - 153 y 154, dice: "Se ha tratado de demostrar que, por la cesión no obtiene el cesionario la situación que le corresponde al arrendatario, como sujeto activo de la relación de arrendamiento, sino que el cedente conserva acciones frente al arrendador después de la cesión. Admitir esto sería negar la cesión o entender que existe una cesión de efectos limitados. En la cesión de

las relaciones de mediación suele ser frecuente, que el mediador pose^usorio, aunque no produzca una cesión en el sentido técnico-jurídico - del concepto, ceda el uso y disfrute de la cosa a través de constituir una nueva relación jurídica con un tercero, pero conservando él, el - derecho que origin^lmente había obtenido del poseedor mediato (102); en este supuesto, además de no haberse extinguido la mediación, más - bien se ha creado una nueva, que viene a situar al mediador-cedente, en la posición de poseedor mediato-mediator (103).

2º. Involuntaria

Al igual que el poseedor mediato, pero de manera más frecuente debido a su contacto directo con la cosa, es posible que la mediación posesoria también pueda finalizar, de forma involuntaria, desde la po^usición que sustenta el mediador posesorio. Como lo apuntáramos con el poseedor mediato, pero ahora de manera directa y actual, de conformi-

(101) (cont. pág. ant.) ... arrendamiento se traspasan todos los dere^uchos del arrendatario...o sea, la sustitución que se hace a fa^vvor del cesionario en la posición de sujeto activo de la rela^cción de arrendamiento que tenía el arrendatario y que éste, des^ppués de la cesión, pierde por completo".

(102) Ferrer Martín, Daniel. El subarriendo y la cesión de arrendamien^uto..., Rev. Der.Prec., Ene-Mar. 1949, haciendo mención de las - diferencias existentes entre la cesión y el subarriendo, el au^ttor dice que se puede distinguir fundamentalmente, el que la pri^mmera sea un solo contrato, en virtud del cual el cedente-arrendatario desaparece de la relación jurídica, quedando nada más el - cesionario y el arrendador-propietario; mientras que en el suba^rrriendo, el nuevo contrato se yuxtapone al anterior, por lo que ambos se mantienen tres personas que son arrendador, arrendata^rrio-subarrendador y subarrendatario.

(103) Pérez González y Alguer, ob. cit., p. 89, expresan que en Dere^ucho español, nada se opone a que se constituyan varios grados de posesión mediata.

dad con el artículo 460, 3º, es posible que mediación posesoria termi
ne involuntariamente, cuando el mediador pierda la cosa completamente
ya sea por la destrucción total de ésta, extravío absoluto o por que-
dar la cosa fuera del comercio de los hombres. Tales supuestos, como
apuntan Pérez González y Alguer (104), resultan del todo supérfluos -
por ser de simple lógica y por que de alguna manera se encuentran pre
supuestos en el artículo 437. Sin embargo, parece admisible una mati
zación al respecto: en cuanto a la destrucción total, es posible con
siderar en sentido contrario, que si la destrucción es parcial, puede
ser, que la mediación finalice, ya sea porque el objeto no ofrezca po
sibilidades de ejercicio posesorio o porque, así se haya estipulado -
en el convenio: claro que en esta última forma ya no sería ni involun
taria ni unilateral la finalización de la mediación, por haberse pre
visto, pero es indudable que es consecuencia de un elemento involunta
rio en el mediador. Puede suceder, que aunque destruida parcialmente
la cosa, la mediación se mantenga en la parte no destruida, porque és
ta a su vez, ofrezca condiciones óptimas para su continuación. Respec
to al extravío, éste debe de considerarse absoluto, porque si lo es -
parcial (cuando saliendo la cosa de la esfera de poder del mediador -
posteriormente la recobra, sin que haya sido ocupada por otro en el -
interim (105)), o manteniéndose dentro del poder del mediador, acciden

(104) Ob, cit., p. 95.

(105) Mazeaud, ob. cit. p. 164, dice que cuando en la posesión de un
bien mueble, se pierde cualquiera de los dos elementos que com-
ponen la posesión (corpus y animus) se pierde la posesión, como
cuando ocurre un robo. Por nuestra parte entendemos que si la -
cosa no entra en el poder de otro sujeto, como el que cita Ma-
zeaud, la posesión del mediador no se ha perdido, porque éste -
puede recuperarla en cualquier momento, ya que si el artículo -
464, 1º faculta la reivindicación, con mucho mayor razón cuando

talmente desconozca el paradero, artículo 461), hay que admitir que la mediación posesoria debe de mantenerse, mientras no se impida de manera completa y total el ejercicio de la mediación. En cuanto que la cosa se sitúa fuera del comercio, no cabe duda de que la mediación ha de terminar, porque, aunque "se puede seguir teniendo sobre ella un poder de hecho, éste no es posesión para la ley" (106) y el mediador posesorio es, fundamentalmente, poseedor. Otro supuesto de pérdida involuntaria nos lo ofrece el inciso 4º del artículo 460 - cuando dispone: "El poseedor puede perder su posesión...4º.- Por la posesión de otro aún contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año". El inciso en comentario nos ofrece dos posibilidades de pérdida de la posesión; la primera, cuando el mediador pierde la cosa por extravío u otra circunstancia y de la misma se apodera un tercero, poseyéndola por más de un año. Creemos que ese es el sentido que se desprende del concepto "aún - contra la voluntad del antiguo poseedor", porque el término "aun" - puede ser cambiado por el de "también", lo que significa que "la posesión de otro" lo puede ser sin o contra la voluntad del antiguo poseedor (107); si lo es "sin la voluntad del antiguo poseedor", evi

(105) (cont. pág. ant.) ... ni siquiera es necesario recurrir a tal acción. De alguna manera se refuerza lo anterior, mediante el artículo 466, cuando éste presupone la continuación de la posesión, después de que la misma se recupere".

(106) Albaladejo, ob. cit. p. 78.

(107) Morales Moreno, ob. cit. p. 332, nos dice que "la fórmula léxica empleada por el artículo 460, 4, "posesión de otro contra la voluntad", es extensible, por su amplitud, a toda posesión en cuya adquisición no haya precedido el consentimiento del poseedor o subseguido su ratificación...Inconsentida es, por tanto, la posesión obtenida subsistiendo la voluntad posesoria precedente, voluntad capaz de crear, exteriorizada a través de la situación de la cosa, un signo indicativo de que la misma no está abandonada".

dentmente es porque a éste se le ha extraviado la cosa y el lapso del extravío, que no debe de ser confundido con el de "pérdida total" del inciso 3º (aunque lo puede llegar a ser, si el extravío se prolonga en el tiempo y nadie se apodera de la cosa), otro se apodera de la cosa reteniéndola por más de un año. La segunda, cuando lo es por despojo, o sea contra la voluntad del poseedor anterior. Y lo es así, a pesar de la prohibición contenida en el artículo 444, por que del propio artículo 460, 4º, se deduce que el despojo violentamente ejecutado, causa posesión con el transcurso de más de un año, al indicarse en el mismo que la nueva posesión lo puede ser "aun - contra la voluntad del antiguo poseedor" (108). Pero el problema - que suscita la mencionada norma para los efectos de la mediación posesoria, estimamos, se encuentra en el período comprendido antes de cumplirse el año del apoderamiento de la cosa por parte del tercero, porque es durante ese período, que tanto el mediador como el poseedor mediato se encontrarán sin la posesión de la cosa, pero con la posibilidad jurídica de recuperarla, ya que tan luego se cumpla el año, ambos habrán perdido la posesión y, consecuentemente, extinguido la mediación. Pero, concretamente, qué tipo de derecho es el que tanto el mediador posesorio como el poseedor mediato pueden ejercer en la recuperación; el propio que les depara la relación jurídica - de mediación o el que proviene de su "posesión incorporal" a que se refiere el ya citado artículo 460, 4º? En realidad, aunque en ambos

(108) García Valdecasas, op. cit. La Posesión Incorporal..., Rev. Der. Priv. May-Jun, 1946, p. 418, quien refiriéndose a la pérdida de la posesión producida por el despojo que ha durado más del año, dice: "se comprende, por tanto, que la pérdida de la posesión en este caso aparezca como una limitación del principio sentado en el artículo 444, cuyo espíritu es que el despojado por la violencia conserva la posesión indefinidamente".

casos se trate de derechos que tienen un mismo fin (recuperar la cosa), creemos, que bien se puede intentar una diferencia entre ambos que signifique un verdadero efecto en la relación jurídica de mediación.- a) En cuanto al mediador posesorio o poseedor inmediato, que es el que tienen y disfruta de la cosa directa y actualmente, no cabe duda de que su derecho lo es, el que le proporciona la posesión incorporal del tantas veces citado artículo 460, 4º; y lo es así, - precisamente por la índole de la posesión que sustenta: ésta lo es de hecho, o sea, que tiene la posesión de la cosa material o físicamente aprehendida, o en términos de García Valdecasas (109), tiene la posesión corporal del objeto. Esta forma de posesión corporal, es la que verdaderamente genera el derecho de "posesión incorporal" para la recuperación de la cosa y de esa manera en cierta forma, nos los confirma el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento civil, - cuando al conceder el interdicto de retener o recobrar la posesión, legitima para la acción al "que se halle en la posesión o en la tenencia de la cosa". Ahora bien, mientras el mediador realiza las - gestiones pertinentes para recuperar la cosa, qué ha pasado con la - mediación posesoria? No cabe la menor duda que, como se afirmó líneas atrás, mientras el mediador se mantenga en la posesión, es comprendible que la relación de mediación continúe y se mantenga; y como el propio mediador tiene en su poder la posesión incorporal, que

(109) La Posesión Incorporal del Despojado...ps. 336-337, expresa - que mientras no haya transcurrido el año, sobre la cosa sub-siste dos posesiones: la antigua y la nueva, de las cuales, la primera desaparece tan pronto la segunda ha durado más de un año, lo que revela que ambas posesiones son incompatibles: - "una de hecho (la nueva) y otra (la antigua) que se nos permitirá designar con el nombre de incorporal, por ausencia de señorío efectivo sobre la cosa". (Subrayado nuestro).

coexiste con la corporal del despojante como afirma García Valdecasas (110), su posición potencia el mantenimiento de la posesión mediata del poseedor superior, lo que conlleva a mantener a éste en su posición y por consiguiente continuar vigente la mediación posesoria.- b) Respecto al derecho del poseedor mediato, que es en sí el objeto de su posesión, no podría decirse que el mismo tenga las mismas características que el derecho del mediador que nos hemos referido, debido a que su posesión, según los artículos 430 y 432, lo es del disfrute de un derecho y no de la posesión corporal de la cosa; no creemos en consecuencia que aquí pueda hablarse con autoridad de "la posesión incorporal" del poseedor mediato, no obstante tener su derecho vigencia por el fundamento de hecho que emana de la cosa. Su derecho, estimamos, aparte del que le corresponda por su relación con la cosa (propiedad, usufructo), lo es, el que deviene de la relación jurídica de mediación, porque como se ha dicho supra página 161, mientras el mediador posesorio se mantenga en la posesión de la cosa (aun con la posesión incorporal como ya se vió), es indudable que la relación de mediación ha de continuar y por consecuencia mantenerse vigente el derecho del poseedor mediato (111).

(110) Hernández Gil. Algunos problemas..., Ob. cit. ps. 611-612, dice: "... en nuestro Código civil se contemplan diversos casos de conservación de la posesión con independencia del mantenimiento del poder de hecho sobre las cosas. El más importante y significativo está recogido en el número 4º del artículo 460... Este precepto es enormemente significativo, pues demuestra bien a las claras que la posesión no se pierde por el solo hecho de que la cosa salga del poder del poseedor. Hace falta algo más: ha de permanecer en poder de otro durante más de un año - año y día - para que la posesión se estime perdida. El despojado está asistido durante ese tiempo por las acciones posesorias. Es lo que con afortunado grafismo ha llamado Valdecasas (G) "la posesión incorporal del despojado".

Pero nos parece aún más, que el mayor argumento para sostener que el derecho que el poseedor mediato mantiene en el supuesto de despojo, lo es como consecuencia de la relación de mediación existente y no como "posesión incorporal del despojado", el de que, en el caso de que sea él (poseedor mediato) el que recobre la cosa, por imperativo de la relación jurídica que mantiene (la de mediación), necesariamente ha de devolvérsela al poseedor inmediato o mediador y no quedársela para sí (112), precisamente porque es el mediador posesorio el que tiene la "posesión corporal" de la cosa y, en consecuencia, el que mantiene vigente la relación jurídica de mediación, a través del ejercicio del poder de hecho sobre la cosa; no podría confundirse tampoco, el mencionado derecho del poseedor mediato, con la pretensión de entrega que mantiene a su favor, pues ésta la tiene únicamente contra el mediador posesorio y no contra terceros. De esa manera, mientras no transcurra el año del despojo, al igual que en el caso -

(111) Wolff. Ob. cit. p. 92, dice que la posesión mediata se pierde, cuando el poseedor inmediato pierde la posesión o cesa de ser mediador posesorio del hasta entonces poseedor superior. Lo que interpretado, a nuestro juicio, en sentido contrario, — indica que la posesión mediata se mantiene, mientras el poseedor inmediato se mantenga en su posesión como mediador.

(112) Wolff, ob. cit., p. 120, literalmente dice: "Si se trata de privación posesoria (despojo), el poseedor mediato sólo puede en principio exigir el restablecimiento del estado anterior, o sea la devolución de la cosa al mediador posesorio... En los casos de posesión mediata de varios grados, el poseedor superior no puede pedir para sí mismo la entrega sino sólo cuando ninguno de los subposeedores quiera o pueda hacerse cargo de la posesión." En términos parecidos se pronuncian Pérez González y — Alguer, ob. cit. p. 122; García Valdecasas, Ob. cit. p. 67; — Castán, ob. cit. p. 499; Albaladejo, ob. cit. p. 85, nº 90; De Diego Lora, Carmelo, La posesión y los procedimientos Posesorios, Edic. Rialp, S.A. Madrid, 1962, Vol. 2º, p. 122.

anterior, la relación de mediación se mantendrá, mientras el poseedor mediato recobre por sus medios la cosa objeto de la posesión de ambos. Pero tanto en el caso de que la recuperación se efectúe por el poseedor mediato como por el inmediato-mediador, si en realidad la relación jurídica de mediación se mantiene durante el despojo, qué efectos produce para ambos poseedores en dicho período? Sin pretender ser exhaustivos, pues al tema más adelante se le dedicará un examen más detallado, en principio se mantiene para ambos poseedores el efecto de poder recuperar la cosa (113); el continuar la prescripción para el poseedor mediato en concepto de dueño (Art. 1994) ó la percepción de los frutos para ambos, según la presunción de continuidad en la posesión (ART. 466).

C) ACUERDO DE AMBOS POSEEDORES Y DISPOSICIONES LEGALES

Como se vió en su oportunidad, la mediación posesoria surge a la vida jurídica como consecuencia de un convenio entre partes o por una disposición legal. Es posible entonces que se pueda extinguir - desde esos mismos niveles, o sea, cuando las partes así lo disponen o mediante los arbitrios que la ley haya previsto para tal fin. a) - De la primera forma puede ocurrir, cuando ambas partes previamente a la vigencia de la mediación, convienen que la misma se extienda por un plazo determinado y a su cumplimiento, extinga la mediación, como por ejemplo, en el supuesto del usufructo que se indica en el artículo 513, 2º, del Código Civil. Se extingue también la mediación - cuando ambas partes antes de cumplirse el plazo señalado para su terminación, acuerdan su finalización de cualquier forma, como por ejem

(113) García Valdecasas, La Posesión Incorporal del despojado..., p.- 419, dice que la primera y más importante consecuencia o efecto de la posesión incorporal, es la facultad de recobrar la cosa.

plo, resolviendo el convenio o por medio de la traditio brevi manu, - por la que el mediador adquiere la propiedad de la cosa objeto de la mediación.- b) A través de la ley, la mediación puede extinguirse, - cuando dejen de existir las presupuestos fijados para que la misma se iniciara. Así, por ejemplo, podría darse en el caso de patria potestad cuando el menor adquiere la mayoría de edad y como consecuencia de es te hecho, sus padres cesan en la mediación posesoria al hacerle entre ga de sus bienes. Igualmente sucedería en el caso de tutela o de in- terdicción, cuando el pupilo adquiere la mayoría de edad o el incapaz recobra la lucidez mental. Por vía Judicial, es posible que se pueda extinguir la mediación, cuando, por ejemplo, se disponga por el Juez, que una cosa entregada en depósito, pase a poder de su propietario. - Por último, es posible la finalización de la mediación, cuando por de cisión de una o de ambas partes, es sometido al arbitrio judicial el convenio por el que nació la mediación, con fundamento en el incumpli- miento de las obligaciones pactadas o por vicios contenidos en el con venio, sea necesaria la resolución, rescisión o anulación por parte - del Juez.

II. EL CONSTITUTUM POSSESSORIUM

Cuando líneas atrás se habló de la interversión posesoria como un supuesto de adquisición de la posesión en concepto de dueño, se señaló que en el cambio de título por el que inicialmente se había empezado a poseer, se presentaban dos formas: la inversión o interversión posesoria que se efectuaba sin o contra la voluntad del propietario y la conversión posesoria, que se efectuaba con la anuencia o consentimiento del propietario. Dentro de la conversión posesoria hemos señalado, aunque brevemente, que la traditio brevi manu es una forma de finalización de la mediación posesoria por acuerdo de ambas partes, cuando el mediador posesorio conviene con el poseedor mediato-proprietario en que éste la transmita la cosa a título de propiedad y como ya se encuentra en su poder la cosa, basta un convenio entre ambos para que el mediador posesorio adquiriera el mencionado derecho. El constituto posesorio es también una forma de cambio del título, pero que significa la antítesis de la conversión antes dicha, "Porque habiendo tenido anteriormente lugar la aprehensión, no debe de repetirse, y todo el acto debe de ser considerado como el caso inverso de una brevi manu traditio: en efecto, así como en esta especie de tradición el que hasta entonces tenía la detentación sin la posesión, puede adquirir ésta únicamente por el animus possidendi, sin verificar ningún nuevo acto, asimismo la simple voluntad transforma la posesión en detentación, y hasta el derecho de posesión es transmitido inmediatamente a otra persona. Este modo de transferir la posesión es llamado por los juriscosultos constitutum possessorium" (114)

(114) Savigny, Ob. cit., p. 166.

Se presenta entonces el constituto posesorio como una hipótesis de - traditio (115) "en la cual el tradente, en lugar de remitir la cosa-materialmente a la mano del nuevo poseedor, la retiene en su nombre, constituyéndose en una relación en la que se reconoce que no se posee por sí, sino por otro..." (116). Tal forma jurídica de constituir la posesión, era ya conocida por los romanos aunque no con el nombre mencionado, concibiéndola como una posesión por representación del - adquirente e iniciándose por un simple convenio, por el que el enajenante continuaba en la posesión de la cosa con título distinto (117). Planteado el constituto en los términos que anteceden, ha suscitado en la doctrina dos teorías que se cuestionan la índole del convenio que da origen a dicha institución; una que afirma, que independientemente de cualquier contrato que implique la constitución de un derecho de uso o prestación de goce, cabe siempre transformar en detentación la posesión anterior mediante un simple cambio. Y la otra sostiene que el constituto posesorio no representa a través del convenio, una simple modificación del vínculo posesorio, sino que el mismo es el producto de dos actos jurídicos en virtud de los cuales, el que enajena, se reserva un derecho de uso ó goce sobre la cosa. — (118). Según lo que hasta ahora se ha expuesto podemos indicar, que

(115) Morales Moreno, ob. cit. p. 249.

(116) Hedeman, ob. cit. ps. 61 a 64, expresa que el constituto posesorio se da, cuando el que se encuentra poseyendo una cosa a través de un título determinado, cambia dicho título por otro distinto, conservando siempre la posesión del objeto y entregando el título a otro.

(117) Jörs-Kurkel, ob. cit. p. 167.

(118) Saleilles, ob. cit. ps. 227 a 231. Colin y Capitant, ob. cit. p. 1010, expresan que el constituto supone una doble tradición, por medio de la cual el enajenante entrega al adquirente la cosa y éste se la devuelve pero a título precario; pero, considerándose inútil tal formalidad, estimóse que bastaba una convención,

constituto posesorio es una forma de constituir la mediación posesoria, y decimos constituir y no adquirir, porque es un concepto que encierra con mayor certeza esta forma de mediación posesoria, debido fundamentalmente, a que no saliendo la cosa del ámbito de poder del futuro mediador, no obstante tiene su inicio una nueva relación con la cosa (119). Y se trata indudablemente de una mediación posesoria, porque no obstante que la cosa no se traslada del poder del que fungirá como mediador, como el adquirente de la cosa no recibe ésta, si no que lo que adquiere es un derecho superior, en virtud del convenio citado, es indudable que de este derecho deriva la facultad del sedicente mediador para continuar en la posesión de la cosa; de ahí entonces que el mediador inicie su posterior posesión con fundamento en un derecho derivado, que le ha sido suministrado por el adquirente, una vez que ello lo han convenido de esa manera. Ocurre entonces que verdaderamente en el constituto posesorio lo que tiene lugar, es una recíproca transmisión de derechos por medio de la cual, el poseedor originario e inmediato hasta el momento del convenio, transfiere al nuevo poseedor, el derecho por el que tenía la cosa en calidad de propietario, para que éste a su vez, le transmita un derecho de cualquier índole y de carácter derivado para continuar en la posesión de la cosa. Este derecho que recibe el sedicente mediador lo es, conforme lo dispone el artículo 432 del Código Civil, para conservar o dis

(118) (cont. pág. ant.) "... por la que el vendedor reconocía seguir poseyendo en adelante por cuenta del adquirente".

(119) Martín Pérez, ob. cit. ps. 121-122, dice que en el caso de la traditio brevi manu, no puede hablarse en rigor de una adquisición de la posesión, por encontrársela cosa ya en poder del adquirente. Creemos, entonces, que por paridad de procedimiento, habría que entender que en el constituto ha de ocurrir semejante conceptualización.-

frutar la cosa, pues "En realidad no hay transformación de posesión en detentación, sino cuando el vendedor celebra un verdadero contrato, en virtud del cual debe constituirse en detentador y garantizarle mediante él (el contrato) el disfrute o uso de la cosa..." - (120). Argumento el anterior que tiene pleno respaldo en el ordenamiento jurídico español, debido a que conforme se tiene dicho, al tenor del artículo 430 *ibidem*, en realidad el sedicente mediador no adquiere la posesión de hecho de la cosa, porque ya de por sí la tenía, pues incluso el poseedor en concepto distinto de dueño es poseedor - (121), lo que significa entonces que lo único transmitido es el derecho. Y como indudablemente existe transmisión del derecho hacia el nuevo mediador, este derecho y la nueva situación creada lo son de carácter derivativo (122), tal y como observamos en su oportunidad - era una de las características del derecho del mediador posesorio. - Ahora bien, como en la constitución de la mediación por medio del constituto posesorio, lo que realmente existe es la transmisión del derecho, ha de tenerse claro que aquélla tiene su inicio a partir - del momento en que ambas partes presten su consentimiento en el convenio (123), conforme así lo disponen los artículos 1254 y 1258 del Código Civil. Por dicha razón, estimamos, para que exista mediación posesoria como derivación de un constituto, es indispensable que -

(120) Saleilles, ob. cit. p. 232.

(121) Espín, Manual, p. 60.

(122) Barbero, ob. cit. p. 392, señala que el constituto posesorio es una forma de adquisición de la posesión de forma derivativa y consensual. Bonfante, ob. cit. p. 364, estima como derivativa la adquisición de la posesión por medio del constituto posesorio.

(123) Albaladejo, ob. cit. p. 71.

exista en principio una verdadera cesión de derechos, de la forma es tipulada en el artículo 460, 2º, del Código civil y que el derecho cedido sea uno de rango superior al que fundamente la nueva posición del mediador, porque sería la única manera de que el poseedor media to adquiriera una pretensión de entrega contra el mediador posesorio razón de existencia de aquella (124). Sería posible entonces el cons tituto sin necesidad de traslación de la cosa, como ocurriría con - un usufructuario que enajena su derecho y conviene en seguir pose-- yendo la cosa como arrendatario; y éste a la vez, puede enajenar su derecho y convenir en seguir poseyendo como subarrendatario. De esa manera queda clara que lo que sufre transformación al momento de - constituirse la mediación por el constituto posesorio, es el derecho o el animus por el que el poseedor originario poseía la cosa, pues mientras en el estadio de poseedor inmediato, por ejemplo, lo hacía como propietario, en el nivel alcanzado a través del constituto, lo puede ser de usufructuario, arrendatario, etc. según lo que se haya pactado por las partes: hay, podría decirse, una verdadera degradación en el animus del poseedor, sin que, desde luego, llegue éste a extinguirse, pues precisamente viene a conformar el nuevo derecho - que le convierte en mediador posesorio. Sin embargo, hay que tener en cuenta, que no existe constituto posesorio y por consiguiente me diación en la posesión, por el solo hecho de que el enajenante al - momento en que conviene con el adquirente de la cosa, no pueda entre

(124) Wolff, ob. cit. ps. 58-59, expresa que no habrá posesión media ta por falta de pretensión de entrega, en el supuesto de que - por medio de un *constitutum possessorium*, un acreedor pignoraticio se haga pignorar una cosa y acuerde dejársela prestada - al deudor.

gar o trasladar ésta a poder del accipiens y deba permanecer en sus manos, según el supuesto contenido en el artículo 1463 del Código Civil, debido a que, no habiéndose pactado ninguno derecho a favor del tradens por el que tenga la cosa, éste no ha adquirido poder alguno que le permita tal retención (125); a lo sumo, estimamos, podría convertirse en un servidor de la posesión que vale por la cosa mientras la traslada efectivamente al nuevo poseedor, pero de ninguna manera en mediador posesorio, como aparentemente lo pretenden Pérez - González y Alguer, pues no mediando relación jurídica alguna entre el tradens y el accipiens por el que aquél adquiriera un derecho para retener la cosa, éste no podría tener pretensión jurídica de entrega en contra del primero y si acaso ejerciera derecho alguno para recobrar la cosa, el mismo podría ser el reivindicatorio derivado de su derecho de propiedad (Art. 346) o en el peor de los casos, el derecho de la posesión incorporal regulado por el artículo 460, 4º, del Código civil (126). Pero aún hay más: según Savigny, el constituto poseso

(125) Pérez González y Alguer, Ob. cit., ps. 88-89, sostienen que en un caso semejante se debe de "suponer que la retiene a título de depositario..., porque si entonces se ha cumplido la obligación de entrega del vendedor en el sentido de entrega ficticia con la consiguiente extinción de su obligación como tal vendedor es evidente, como quiera que ha de subsistir la obligación de la entrega real, que ésta surge de un nuevo contrato, que no puede ser sino el de depósito si se trata de muebles..."

(126) Ihering, La Voluntad de la posesión, ob. cit., p. 192, defendiendo que en el Derecho Romano se comprendió que el constitutum possessorium era fruto de dos convenciones, según se vió supra páginas 184, dice que "Entregar la posesión a la voluntad individual, es tanto como producir un estado de verdadera anarquía en el derecho. La voluntad individual libre hace de la relación posesoria lo que le place; puede a voluntad decidirse hoy por la posesión, mañana por la tenencia, y así discuriendo".

rio forma la excepción de la regla y por dicha razón no puede presumirse, por lo que entonces el mismo debe de ser admitido cuando su existencia es la consecuencia necesaria de otro acto y así, "El contrato que produce la transmisión de la propiedad, por ejemplo, la venta difiere mucho del constitutum: éste exige que el poseedor actual venga a ser el representante de su sucesor en la posesión; disposición que no contiene por sí sola la venta y que no se le podría conceder a no haber sido expresamente (sic) estipulada, o implícitamente comprendida en otras cláusulas". (127). El supuesto de mediación posesoria derivada del constituto posesorio refleja de una manera más clara, según parece, la índole de la naturaleza o razón de ser del derecho del poseedor mediato. En efecto, tal y como en su oportunidad se señaló, la posesión mediata responde a la posesión de un derecho y no a la espiritualización o ficción del señorío de hecho sobre la cosa, y es indudable que por medio del constituto lo que se transmite del poseedor inmediato y posterior mediador al adquirente o posterior poseedor mediato, es un derecho, ya sea éste de propiedad, usufructo u otro cualquiera (128), (por el que el nuevo poseedor adquiere una serie de facultades que le permiten influir en la cosa y sobre todo exigir del mediador posesorio la devolución de ésta) y no un señorío de hecho, - que, además de ser imposible el realizarlo, como ya de por sí el tra-

(127) Ob. cit. ps. 167-168.- Saleilles, ob. cit. ps. 232-233, deja entrever que el constituto no puede presumirse, sino que debe ser consecuencia de un acto expresamente estipulado.

(128) Morales Moreno, ob. cit., p. 250, expresa textualmente: "Lo importante del constituto no es que el tradens se haga arrendatario o usufructuario, sino que, en cuanto tal, pueda seguir reteniendo la posesión y el adquirente se haga poseedor mediato".

dens lo retiene, sería contradictorio e incompatible con la esencia .
misma de éste, el que transmitiéndolo a otro sujeto, pudiera él con
tinuar ejerciéndolo. Y esa posesión adquirida por el accipiens, no
es otra sino, a la que se refiere el artículo 430, cuando éste dis-
pone, no sólo que la posesión de un derecho implica disfrute del mis
mo, sino que también aquélla se convierte en civil, cuando el dere
cho se adquiere en concepto de dueño; posición ésta obtenida por el
poseedor mediato a través de la cesión realizada.

III. PODERES Y EFECTOS DEL POSEEDOR MEDIATO

Sumario: 1º. Límites de los Poderes. 2º. Pretensión de entrega. 3º. Conservación de la cosa. 4º. Interdictos. 5º. Usucapión. 6º. Frutos. 7º. Gastos. 8º. Presunciones legales.

1º. LIMITES DE LOS PODERES

Reiteradamente se ha afirmado líneas atrás, que la mediación posesoria tiene su fundamento en la relación jurídica que se establece entre poseedor mediato e inmediato. Esta relación Jurídica tiene - la característica de ser el ámbito en donde se van a producir los diferentes derechos y obligaciones de cada uno de los sujetos de la misma, con la singularidad de que además de ser el motivo de su nacimiento, es a su vez, el límite de su alcance en sus diversas manifestaciones (129). Como se señaló, esta relación jurídica se plasma a través del convenio o contrato que las partes acuerden o por disposición de la ley, y serán entonces tales causas las que determinen la clase de

(129) Pinto Ruiz, ob, cit. p. 327, dice que una vez establecida la relación jurídica, "... el titular del derecho derivado puede, durante la subsistencia de este derecho, realizar actos jurídicos con relación al mismo... hay que precisar que estos actos sólo tendrán eficacia en la medida cuantitativa y temporal que su propio derecho le consienta". - García Valdecasas, ob. cit. ps. - 68-69, dice sobre el uso de interdictos entre poseedor mediato e inmediato que "en ocasiones, sin embargo, será difícil discernir si el mediador posesorio o el poseedor mediato, ha lesionado realmente la posesión de la otra parte o si, por el contrario, se ha mantenido dentro de los límites de su propia protección. Un criterio para resolver este problema le suministra el contenido del derecho exteriorizado por la posesión: los límites de c/posesión serán los del Der. en cuyo concepto se posee".

derecho y el límite de acción del contenido del mismo, que a cada poseedor corresponda en sus relaciones con el otro poseedor y la cosa poseída". No es dable confundir posesión de cosas y posesión de derechos; ambos son posibles en nuestro ordenamiento jurídico; pero no siempre que alguien tenga una relación jurídica con una cosa, aunque no tenga la tenencia directa sobre la misma, cabe decir que sea poseedor de un derecho sobre la cosa, si no más bien que es poseedor de esa cosa con la configuración que la titularidad del derecho sobre la misma le proporciona. Se es poseedor del derecho porque se es poseedor del mismo, y se sigue siendo poseedor de la cosa en atención a esa misma titularidad, que no es lo mismo que posesión del derecho, sino posesión de la cosa conforme a la configuración que dicha posesión de la cosa conforme a la configuración que dicha posesión otorga la titularidad jurídica referida" (130). La circunstancia de que los derechos del poseedor mediato y mediador posesorio sean diferentes, condiciona, aunque no totalmente, el de que tanto los poderes como los efectos nacidos de la posesión que cada uno sustenta, sean diferentes y en algún modo antitéticos, pues en cierta medida el poder o derecho de uno, resulta ser una obligación a cumplir en el poseedor contrario y recíprocamente. De esa manera claramente quedará establecido, que dependerá de la índole del convenio o de la institución que regule la ley, la clase de poderes, obligaciones y efectos que las partes deriven de la relación jurídica de posesión y de esa forma sería atribución de la casuística el determinar en cada caso su existencia. No obstante, no cabe duda de que en la relación de mediación

(130) De Diego Lora, Ob. cit. Vol. 2º, ps. 119 a 122.

existen poderes y efectos constantes para ambos poseedores, se trate de cualquier relación jurídica, puesto que teniendo su derecho una estructura jurídica semejante y un fundamento idéntico en la cosa, es a partir de ahí que se uniformizan los mismos. En adelante trataremos de indicar los poderes y efectos constantes de la posesión del poseedor mediato, que deriva de una relación de mediación.

2º. LA PRETENSION DE ENTREGA

Como se vió supra página 63, la pretensión de entrega, que podría denominarse también pretensión de devolución, es el poder que tiene el poseedor mediato para recuperar la cosa en el momento oportuno, si el poseedor inmediato se negara a entregársela (131). Sin embargo, ha de entenderse que la pretensión de entrega no es un poder omnimodo del poseedor mediato, sino que debe darse en supuestos en que el poseedor inmediato injustificadamente y sin derecho alguno se negase a reintegrarle la cosa después de requerírselo, puesto que en el caso de que el mediador posesorio la retuviese esgrimiendo algún derecho a su favor, es evidente que la mencionada pretensión devendría inocua, como sucedería en el caso de que el mediador poseso-

(131) Moreno Mocholi, ob. cit. ps. 28-29, expresa que el arrendador al entregar la cosa al arrendatario, "no pierde en lo más mínimo de su derecho real, como tal, directo sobre la cosa, contra todos, incluso contra el propio inquilino, al que, como a los demás, puede pedir la restitución... que, en definitiva, no es más que la garantía posesoria contra la tenencia indebidamente prolongada..., por lo que el arrendatario carece de toda defensa que no sea la que descansa en la vigencia de la relación concertada a que obedece la tenencia que disfruta".

rio ejerciera su derecho de retención, tal y como lo señala por ejemplo, el artículo 1780 del Código civil, en el caso de que al depositario no se le hubiesen cubierto las sumas gastadas por razón del depósito. La pretensión de entrega como poder del poseedor mediato aparentemente encierra en sentido contrario, la obligación de éste de entregar al mediador la cosa; sin embargo, aunque dicha obligación se mantiene por razones distintas, la pretensión de entrega, estimamos, es consecuencia de la condición o carácter temporal por la que la relación jurídica de mediación se constituye y no propiamente de un acto material de entrega (132), pues es sabido que el poseedor mediato entrega la cosa al mediador posesorio, para que éste la conserve y disfrute por un período de tiempo determinado, vencido el cual, ha de retornársela a su causante. Ese poder de atraer hacia sí la cosa objeto de la mediación, que le facilita al poseedor mediato la pretensión de entrega, permite no sólo la extinción de la relación de mediación en donde la misma se efectúe, sino que también extinguiría las relaciones de mediación inferiores a aquélla por carecer éstas de la cosa objeto de las mismas, pues "la extinción de la relación jurídica que media entre propietario y poseedor implica la extinción de

(132) Wolff. ob. cit.p. 57. expresando, que para constituirse el derecho superior del poseedor mediato, sólo es necesario la derivación del derecho de posesión y no la posesión misma, agrega que "el arrendatario que se apodera a la fuerza del objeto del arriendo, sin que éste le haya sido entregado todavía, adquiere la posesión de un modo originario, pero es mediador posesorio del arrendador", lo que indica y significa que el arrendador o poseedor mediato, mantiene vigente su pretensión de entrega en contra del mediador".

la causa que justifica la posesión a favor del segundo. Por tanto, - cuando el derecho de posesión preferente se extingue, la posesión mediata ha de convertirse en inmediata" (133). Ello no ocurriría si en realidad la pretensión de entrega obedeciera nada más a la simple entrega material de la cosa, por la circunstancia de que el que acciona la pretensión de entrega no sería siempre el que entrega la cosa, pues si fuera así, en las diferentes gradaciones posesorias que podrían formarse, habría una total independencia y autonomía de poderes en las distintas relaciones jurídicas de mediación constituidas, que supondrían de alguna manera, la irrecuperabilidad de la cosa por parte del poseedor mediato-propietario, lo que estaría en contradicción evidente con el "derecho rey o soberano, según se prefiera - del que son, al mismo tiempo, emanaciones - el poder de la "soberanía" - y limitaciones- la elasticidad de la "soberanía" - los demás derechos reales" - (134); y con mucho más razón si se tratase de derechos personales. Por lo que queda dicho a ello ni siquiera se opondría, estimamos, la circunstancia de que las relaciones de mediación situadas a un nivel inferior a la del poseedor mediato-mediador accionado, estuvieran fundamentadas en contratos de diferente naturaleza, porque evidentemente - las mismas siempre comprenderían un derecho de menos categoría, que - esgrimido por el poseedor mediato-superior ejercitante de la preten-

(133) Puig Brutau, ob. cit., p. 101.

(134) Hernández Gil, La Función social de la Poesión, ob. cit. p.110, quien termina la idea esbozada diciendo: "La propiedad, entendida como derecho real máximo, encarna la total y definitiva adscripción de las cosas al patrimonio. Los otros derechos reales son formas de distribuir las posibilidades de utilización de los bienes partiendo de la propiedad".

sión de entrega, lo que supone que ejercida ésta, subsumiría en dicho poseedor, todos los poderes que puedan tenerse sobre la cosa a partir del mencionado derecho (135). Podría ocurrir, sin embargo, que el poseedor mediato-superior al ejercitar la pretensión de entrega contra el mediador posesorio inmediato inferior, se encontrara con que la cosa ha sido adquirida por un tercero, con un derecho superior al que - sustentaba su transmitente, como sería el caso de que el tradens siendo arrendatario se hubiese hecho aparecer como propietario y en consecuencia el tercero le oponga su derecho a la pretendida recuperación de la cosa. Como evidentemente ha existido una adquisición a non domino por parte del tercero, tal y como se señaló supra página 48, quien ha confiado en la apariencia (presupuesta desde luego su buena fe), - la pretensión de entrega esgrimida no tendría el efecto de enervar el mencionado derecho y en consecuencia, obligaría al accionante (poseedor mediato), siempre y cuando el tercero no haya usucapido el derecho que aparente, a recurrir a la acción de reivindicación en el caso de

(135) Cerrillo Quilez, F., El Subarriendo de Locales de Negocio, Rev.- Der. Proc., Nov.-Dic. 1951, ps. 388-389, hablando sobre las relaciones entre los sujetos de un arriendo y subarriendo, dice que "Pero si el arrendamiento y el subarriendo son, en principio, diferentes no es menos cierto que en determinados supuestos y en cierto modo son solidarios e interdependientes, y en esto, aun— que no sea más que por el solo hecho de recaer a ambos sobre el mismo objeto. De aquí resulta, a no dudar, que, en principio, los poderes del arrendatario están limitados en caso de subarriendo a los que tenga de su propio arrendamiento. En consecuencia, si por una u otra razón los derechos del arrendatario desaparecen, los del subarrendatario o cesionario deben necesariamente desaparecer al mismo tiempo, que es lo que sucede, por ejemplo, en caso de resolución del primitivo arriendo".

que sea el propietario, o a instar a éste para que ejercite dicha acción, en el supuesto de que no lo fuera, conforme así lo dispone el artículo 348 del Código Civil cuando dota a todo propietario de la acción real para recuperar la cosa de quien la posea. Siendo la pretensión de entrega un poder que nace a favor del poseedor mediató a raíz y como consecuencia de la relación jurídica específica por la que se instaura la mediación posesoria, en una relación de mediación donde existan una serie de poseedores mediatos, corresponderá a cada uno de ellos una pretensión de entrega en contra del mediador posesorio inmediato inferior hasta llegar al poseedor inmediato-mediador, que carece de tal poder. Esto nos lleva a cuestionarnos si existe la posibilidad de que un poseedor mediató pudiera ejercer dicha pretensión, contra un poseedor mediador-inferior con el que haya no tenido ninguna relación directa, que traería por consecuencia el que, manteniendo vigente la relación jurídica con su inmediato poseedor inferior, extinga con la recuperación de la cosa, la que éste sostiene con su poseedor inferior. El artículo 1111 del Código civil suministra una hipótesis posible, cuando autoriza al acreedor a ejercitar derechos y acciones pertenecientes a su deudor contra terceros, cuando agotados los bienes de aquél, deba recurrir a los de éstos para satisfacer su acreencia. Por otra parte algún autor expresa (136) que tanto la doctrina como la jurisprudencia, abogan por sostener una acción directa del propietario contra el subarrendatario, aunque

(136) Cerrillo Quilez, ob. cit., p. 390, admite que tanto el subarrendatario como el arrendador primitivo, pueden ejercerse recíprocamente acciones directas, sin que para ello intervenga el arrendatario-subarrendador.

entre ellos no exista relación jurídica alguna. Sin negar que sea posible una relación jurídica entre ambos poseedores, tomando en consideración que sus respectivos derechos se fundan sobre una misma cosa, estimamos, que en lo tocante a la recuperación de la cosa por ejercicio de la pretensión de entrega, no parece viable dicha posibilidad, precisamente porque la misma emana de una relación jurídica especifica, que otorga a ambos poseedores derechos y obligaciones singulares y concretas, que bien varían de una relación jurídica a otra y en consecuencia como nos lo dice el propio Wolff (137), debe de entenderse a dicha relación jurídica, como el presupuesto que otorga al poseedor mediato la pretensión de entrega en contra del mediador posesorio que traiga causa suya, circunstancia que condiciona el de que cada poseedor mediato no puede establecer una relación jurídica de mediación, más allá del tiempo y condiciones de las suscritas por él debido a que podría verse imposibilitado de hacer entrega de la cosa cuando así se le requiera por el respectivo poseedor mediato superior con el consiguiente pago de daños y perjuicios en su contra (138). - Por esa razón creemos, que la pretensión de entrega ha de diferenciarse sustancialmente del poder que entraña el derecho real de propiedad o usufructo, que sería posible ejercer erga omnes, pues, aunque además de que dentro de la relación de mediación posesoria se encuentran

(137) Ob. cit. p. 55.

(138) Roca Sastre, ob. cit. p. 42, objetando que el arrendamiento sea un derecho real, dice que el arrendatario por esa razón, no puede oponerse a ser desalojado por el propietario adquirente de la cosa y lo único que le queda, es una acción de indemnización contra el antiguo prppietario.-

poseedores con derechos personales, como el arrendatario, depositario, etc., que, sin embargo, gozan de dicha pretensión de entrega, la circunstancia de que el mencionado poder real provenga directamente de la cosa y sea ejercitable contra terceros adquirentes a través de la acción reivindicatoria, refleja claramente que la pretensión de entrega proviene de una relación jurídica obligacional y no real. Ello como conclusión hace a nuestro entender, que se deba calificar la pretensión de entrega como un derecho personal (139) emanado directamente de la específica relación jurídica de mediación y que consiste en obligar al poseedor inmediato-mediador a entregar la cosa, ya sea al poseedor mediato superior de quien la ha recibido, o a otro poseedor mediato superior — (entre los que se cuenta desde luego al propietario), en el supuesto de extinción de la causa de donde él había derivado su derecho. Por último nos remitimos en lo demás, a lo ya dicho sobre la pretensión de entrega cuando de la misma se habló, al referirnos a la estructura de la media-

(139) Albaladejo, ob. cit., p. 12, dice: "Así pues, el derecho de crédito (personal) tiene por objeto la conducta de otra persona; el real tiene por objeto una cosa. Ciertamente que los derechos de crédito pueden otorgar el derecho de exigir conductas que recaiga sobre cosas. Por ejemplo, A (comprador) adquiere (por el contrato de compraventa) contra el vendedor el derecho de crédito a que éste le entregue la cosa vendida (o sea, conducta o prestación que consiste en transmitir una cosa). Pero en el derecho de crédito — no hay poder directo (del titular del derecho) sobre la cosa, sino que inmediatamente tiene señorío sobre la conducta del obligado, que, al realizar el acto de que se trate, le proporcionará la cosa; ... Por tanto, si por no cumplir la prestación debida, no se la proporciona, el acreedor no puede, por ejemplo, pretender que se la entregue quien la tenga (...), pues su derecho le permite sólo dirigirse por incumplimiento contra su deudor."

ción posesoria.

3º. CONSERVACION DE LA COSA

Tal y como se señaló en su oportunidad, una de las razones por las que se consideró que el artículo 432 del Código civil encasillaba perfectamente la figura del mediador posesorio, lo que era la de que dicha norma señalaba que la cosa podía estar bajo su poder para conservar la o disfrutarla, de acuerdo con la índole de la relación jurídica establecida. Esas atribuciones de conservar o disfrutar que se dan al mediador, imponen una distinción necesaria, para lograr delimitar claramente el ámbito de acción del mediador en sus relaciones con el poseedor mediato. El concepto "conservar" ha de verse como una conducta del mediador posesorio bifurcada en vertientes: una que podría señalarse como de simple tenencia o manutención de la cosa, por la que el mediador exterioriza el poder jurídico o señorío de hecho bajo el cual se encuentra dominada la cosa. Y la otra, es la que se manifiesta a través de los actos del mediador tendentes a preservar la forma, sustancia o esencia de la cosa. Aunque ambas vertientes no se presentan marcadamente definidas en la conducta del mediador, pues cuando éste preserva la cosa contra posibles deterioros es porque la mantiene bajo su poder de señorío factico, no cabe duda de que en periodos estables en los que la cosa se mantiene antológicamente por su propia inercia, aflora nítidamente la diferencia apuntada; lo que, sin embargo, no es condicionante para que, a consecuencia de la misma, puedan surgir dos clases de mediador como sería, uno, para tener exclusivamente la cosa en un constante despliegue sobre la misma del señorío de hecho en que consiste la posesión; y el otro, para preservarla y reconstruirla de los deterioros sufridos. Y —

ello es así, porque ambas son facetas indisolubles de un mismo fenómeno que es el de conservar la cosa. Respecto al concepto "disfrutar", - contenido también en la norma antes citada, el mismo nos refiere una - conducta del mediador posesorio por medio de la que éste, a través de la posesión que ejerce sobre la cosa, percibe o aprovecha los frutos - que la misma produce o goza de las ventajas que el uso de la misma le ofrece. Esa circunstancia de ser o de manifestarse del concepto "disfrutar", a diferencia del de "conservar" como se indicó, trae como consecuencia la existencia distinta de dos tipos de mediación posesoria, que se expresan, en el uso único y limitado de la cosa (140) o en la - obtención y aprovechamiento de los frutos de la misma, sin que desde - luego pueda excluirse la posibilidad de que ambas actividades puedan - estar juntas y ejercidas por un mismo mediador posesorio, como sucede con el usufructo. Sin embargo, el usar y disfrutar de la cosa lleva implícita la obligación en el mediador posesorio de conservarla, a diferencia del que conserva únicamente la cosa que no tiene derecho a su - disfrute, tanto en su aspecto, digamos, pasivo (ejercicio del señorío

(140) Martín Retortillo, C. El Comodato..., ob. cit. p. 844, haciendo-comentario del artículo 1741 del C.c., dice: "...Lo que realmente preceptúa nuestro código en este artículo es que el comodato-rio sólo adquiere el uso de la cosa, exclusivamente la utiliza-ción de la misma, el valerse de ella para atender una necesidad transitoria y circunstancial, pero en ningún caso adquiere los - "frutos" que dicha cosa pueda producir, ya que en otro caso este contrato perdería sus características para convertirse en un usu-fructo temporal".- García Cantero, Gabriel, concepto de Frutos - en el Código civil Español, Rev. Der.Not., Jul.-Dic.1955, p. 162, se pronuncia en parecidos términos cuando comenta: "No olvidemos que la finalidad del depósito (Art. 1758, C.c.esp.) es la custo-dia y ulterior devolución de la cosa depositada, sin que al depo-sitario se confiere facultad alguna de goce".

de hecho sobre la cosa), como en el activo o positivo (preservación y reconstrucción de los deterioros habidos en la cosa), lo que no obsta para que dicha conservación, además de constituirse en una obligación como se dijo (141), pueda serlo como un derecho, por el que el mediador posesorio pueda exigir al poseedor mediato, las reparaciones necesarias en la cosa para que la misma cumpla el fin a que está destinada como sucede por ejemplo en el caso del arrendamiento (142). Esta diferencia en la postura del mediador posesorio para conservar la cosa, de manifestarse ya como una obligación ya como un derecho, nos parece explicada por dos razones: a) por la índole gratuita u onerosa de la relación jurídica que sirva como fundamento a la futura relación de mediación posesoria; y b) por el tipo de uso o relación por el que el mediador posesorio mantenga contacto con la cosa. Si ambas forma las combinamos en la práctica del desenvolvimiento de la actividad del mediador posesorio, podemos obtener distintas situaciones que explican, por qué en algunos casos el conservar la cosa lo es como una obligación y en otros como un derecho: a) Si la relación jurídica por la que se constituye la mediación posesoria lo es de carácter

(141) Martín Retortillo, ob. cit. ps. 845-846, dice: "Los artículos - 1743 a 1748, ... se ocupan de las obligaciones del comodatario. El primero... dice que el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa... Es natural que así sea, ya que si se aprovecha de ella, lógico es que subvenga... los gastos ordinarios necesarios para que el uso de la cosa se realice".

(142) Beltrán de Heredia de Onis, P., Ob. cit., p. 371, haciendo suyos conceptos expuestos por Biondo Biondi, dice que: "El arrendador debe mantener, mientras dure el arrendamiento, la cosa en condiciones tales de permitir el goce normal de aquélla... De esto - deriva que los gastos de conservación incumben al arrendador..."

gratuito, cualquiera que sea la conducta del mediador y siempre que éste use de la cosa, parece justo como lo afirma Martín Retortillo, que sea él quien corra con la obligación de cubrir los gastos de conservación de la cosa, provengan los deterioros por el uso normal de la misma a que está destinada, o por negligencia, culpa o dolo de aquél, pues además de que es parte esencial de sus obligaciones el conservar la cosa debidamente (143), no sería equitativo por otro lado, que el poseedor mediato deba de cubrir dichos gastos. Y nos parece, incluso, que el mediador posesorio deba de pagar los gastos de conservación de la cosa por daños provenientes de un tercero (Art. 1564 C.c) por el hecho de que dicha obligación proviene del uso que está haciendo de la cosa, salvo si de alguna manera se prueba, que existió consentimiento por parte del poseedor mediato en la producción de los mismos.- h") En el supuesto de que la relación jurídica lo sea a título oneroso y el mediador posesorio usa y disfruta de la cosa dentro de los límites razonables, como consecuencia de la onerosidad, es el poseedor mediato el obligado a cubrir los gastos que demanden los deterioros que se produzcan por aquel uso (144).- c") Si los deterioros provienen por negligencia, culpa o dolo del mediador posesorio, es evidente que debe ser éste quien se encuentre obligado a sufragar los gastos que ocasione las

(143) García Valdecasas, Ob. cit. p. 25, dice: "En efecto, el mediador posesorio, en cuanto tal, provee a los intereses del poseedor mediato, cuando la cosa con la diligencia debida, no traspasando los límites de su derecho, poniendo en conocimiento del poseedor superior cualquier novedad dañosa..."

(144) Cerrillo Quílez, ob. cit., p. 390, dice que le corresponde al arrendador dichas reparaciones y que el arrendatario puede obligarle a que cumpla con las mismas.-

reparaciones debidas (145), no sólo por razones de equidad, sino por la obligación en que se cuenta de devolver la cosa en el mismo estado en que la recibió (146). Pero, además, dicha obligación de parte del mediador posesorio de conservar la cosa y de cubrir los gastos en la relación de los deterioros de aquélla, proviene fundamentalmente de que, como el mediador posesorio ha recibido la cosa del poseedor mediato, para que la conserve y la disfrute temporalmente y luego la devuelva a sus manos, es necesario que tal reenvío deba de hacerse de la misma cosa recibida, o sea, conservada en su forma y en su sustancia, sin deterioros ni menoscabos, o sea que debe preservarla en su integridad valorativa, pues "lo sustantivo o sustancial en la cosa es lo que la cosa valga. La sustancia de la cosa..., aparece como sustancia de valor. Está, pues, claro; la conservación de la sustancia es la conservación del valor; valor que encierra la conservación tanto en su potencia permanente como de su rendimiento normal; una merma en la productidad normal de la cosa es un ataque a su sustancia". (147) . Ahora bien

(145) El artículo 481 del C.c., dispone: "Si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, empleándolas según su destino, y no estará obligado a restituirlas al concluir el usufructo sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por su dolo o negligencia".

(146) Bernal Sánchez, Jesús A., Ambito de aplicación del Derecho Esp. ..., Anuario Derecho Civil, Oct-Dic., 1956, ps. 1112-1113, dice que, como el contrato de arrendamiento consiste en entregar la cosa para su uso, mediante una contraprestación y posteriormente sea devuelta (lo que podría ser aplicado en general a la mediación posesoria), habría que agregar que por dicha razón, "el arrendatario haya de restituir la cosa en el mismo estado en el que la recibió..."

de todas estas alternativas, cuál sería la opción que habría que señalar en el poseedor mediato como la que reviste un poder a su favor, para exigir del mediador posesorio la obligación en que se encuentra de conservar la cosa? Es indudable que el poder que el poseedor mediato mantiene a su favor para conservar la cosa y por el que puede exigir - al mediador posesorio su cumplimiento, se encuentra referido al principio "salva rerum substantia", por el que se exige de los sujetos que entren en contacto con la cosa, la preservación de los elementos componentes, integridad total e identidad de la cosa, para la que la misma sirve y ha estado destinado al uso; de esa manera, cualquier alteración a esos elementos genera en el poseedor mediato la facultad de accionar en contra de su causante, a fin de evitar la continuación de los mismos y la restauración de la cosa a su estado original (148). Por esa razón el poseedor mediato tiene derecho a efectuar inspecciones en la cosa, como dice Vallet, para determinar su estado físico para el que ha

(147) López Jacoieste, José J., El arrendamiento notariamente gravoso, Anuario Derecho Civil, Oct-Dic., 1956, p. 1243,- Beltrán de Heredia, J. Usufructo sobre Usufructo... Ob. cit., p. 296, dice: "El derecho de usufructo concurre necesariamente con la propiedad y su principal característica consiste en que percibe algunas utilidades de la cosa el usufructuario, sin que pueda hacer nada - que atente a la sustancia de la cosa. Por eso se ha negado siempre al usufructuario la facultad de disposición sobre los bienes que constituyen usufructo".

(148) López Jacoieste, Ob. cit., ps. 1254-1255, textualmente dice: "... la espera de competencia de todo usufructuario y, por lo tanto, el ámbito de sus poderes dispositivos, está delimitado por el principio salva rerum substantia. Toda actividad dispositiva que rebase este confín y suponga una alteración de la forma o sustancia de la cosa en los términos antes indicados, no debe tener relevancia jurídica; el ordenamiento debe de reaccionar declarando su carencia de virtualidad frente al propietario".

sido destinada y el grado de responsabilidad en que ha incurrido al mediador posesorio en los deterioros registrados en la cosa. Pero, el principio "*salva rerum substantia*" en las relaciones de mediación posesorio, no se debe imponer como una obligación absoluta en el mediador posesorio, según parece, en el sentido de entender que todo menoscabo sufrido por la cosa ha de caer sobre las espaldas del mediador posesorio, sino más bien que el mismo ha de estar referido, en principio, a la obligación que el mediador posesorio asume de devolver la cosa en las mismas condiciones en que la recibió o tomó posesión de ella (Art. 1561 C.c.); es, en suma, un poder del poseedor mediato emanado exclusivamente y directamente de las condiciones físicas de la cosa y al fin a que la misma está destinada al momento en que tomó posesión de ella el mediador posesorio, el que como consecuencia, le concede el derecho de exigir se le reintegre en la misma forma original en que la misma se encontraba en dicho momento. Por esa razón, no vendría a influir ni a significar obligación alguna de conservación por parte del mediador posesorio, pues no sería menoscabo de su sustancia, cuando la cosa usada normalmente dentro del fin a que ha sido destinada, sufriera deterioros (Art. 481 C.c.) o se destruya totalmente (Art. 482 C.c.), debido a que habría que considerar como tales "supuestos menoscabos", no lo son en sí, sino más bien parte de la sustancia y forma de la cosa dada en mediación posesoria. A este poder del poseedor mediato, que puede erigirse en principio fundante de su posición, aparentemente se le podría señalar una objeción seria en su estructura, en el sentido de apuntarse en su contra el de que, el poseedor mediato se encuentra obligado a realizar las reparaciones necesarias en la cosa, mientras la mediación posesoria se mantenga, como sucede con el arrendamiento (Art. 1544-2º)

depósito (Art. 1779), secuestro (Arts. 1789 en relación con el 1779) prenda (Art. 1867), (149). No obstante estimamos que la mencionada obligación en el poseedor mediato no se desprende directamente de que a su vez, esté también obligado a conservar la sustancia de la cosa como lo está el mediador posesorio (lo que vendría a constituir una verdadera contradicción en el poder y actuación del poseedor mediato), sino de otra obligación que consiste en mantener en el goce y disfrute de la cosa al mediador posesorio (150); consecuencia directa e inmediata de la relación jurídica de mediación constituida y que se le impone al poseedor mediato por exigencia del haberse obligado a mantener la cosa para que sirva al fin a que se encuentra destinada. Hemos señalado como poder del poseedor mediato el de exigir del mediador posesorio, la conservación de la cosa, de acuerdo a las condiciones físicas en que la -

(149) Los artículos 500 y 1243, del C.c. imponen tales obligaciones de conservación de la cosa al mediador posesorio. Sin embargo en ambos casos, el mediador posesorio está obligado a poner en conocimiento del propietario las novedades dañosas ocurridas en la cosa (Arts. 511 y 1251), lo que refleja en cierto modo, la participación e ingerencia que la ley ha querido darle al poseedor mediato, en la reparación y conservación de la cosa.

(150) Moreno Mocholi, ob. cit. p. 25, quien refiriéndose a las relaciones arrendaticias y que bien pueden aplicarse a cualquier relación de mediación, dice: "Recibida la cosa, sólo para su uso y disfrute, comienza una situación en la que vemos una tenencia legitimada en razón del derecho correlativo a aquel otro deber que el arrendador también impone, la relación jurídica constituida, o sea, el de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada". Olivar Daydi, Jorge, El precio en el Contrato de Arrendamiento..., Rev. Jur. de Cat., Set:Octu.1945, p. 30, afirma que el Código Civil dispone que el arrendador está obligado a hacer en la cosa todas las reparaciones necesarias, para conservarla para el uso a queha sido destinada.

recibió; esa exigencia es fácilmente comprensible a nivel de relación jurídica concreta, o sea entre las obligaciones y derechos nacidos para ambos poseedores de lo que comunmente hayan pactado entre sí, como consecuencia del principio "pactam sunt servanda". Pero, en una relación de mediación diversamente escalonada, en donde entre diversos poseedores mediatos y entre éstos y el poseedor inmediato-mediador, no existe ninguna relación contractual, podría un poseedor mediato exigir del poseedor inmediato-mediador la conservación de la cosa aunque no haya mantenido relación jurídica alguna con él? En determinados supuestos algunos autores (151) estiman que debe mantenerse dicho poder como una consecuencia indirecta, de la relación contractual original que ha generado un escalonamiento de sucesivas posesiones. Tal forma de razonar podría admitirse, incluso, por una cercanía o afinidad entre la índole de la relación jurídica establecida originariamente y los poseedores sucesivos intervinientes en la misma. Pero, como se ha venido afirmando, parece más acertado considerar que el poder que el poseedor mediato mantiene para exigir de cualquier poseedor inferior esté o no relacionado contractualmente, la conservación de la cosa, - proviene más bien, de que pese a que no tiene contacto físico o mate-

(151) Rodríguez-Aguilera Conde, C., y Peré Rahuy, José. La Acción Directa del Arrendador contra el Subarrendatario... Rev. Jur. de Cat., Jul-Ago, 1958, ps. 495-496 comentado el art. 16 de LAU (Ley Arrendamientos Urbanos) que autoriza al arrendador a accionar directamente contra el subarrendatario, dicen que lo es porque se estima que como el subarrendatario está obligado ante el inquilino y éste ante el arrendador, que entre el primero y el último "...parece imponerse el carácter contractual de la responsabilidad a que se refiere el artículo 16 LAU, a pesar de la posibilidad de que - el arrendador pueda accionar también, a su arbitrio, con base en los artículos 1902 y ss. del C.c. y a través del proceso ordinario..."

rial y actual con la cosa, siempre se le deberá de considerar como poseedor (art. 430) y una de las facultades intrínsecas a la condición de tal, esencialmente es, la de conservar la cosa en toda su integridad para poder ejercer la actividad posesoria sobre la misma (152), que ha de manifestarse en la vigilancia que efectúe sobre la cosa y en el de poder exigir que la misma se preserve en su integridad, porque como ya se apuntó conforme al artículo 460, 3º, del Código Civil, la posesión se pierde con la destrucción total de la cosa. Este poder accionar para evitar deterioros y la destrucción de la cosa, parece factible realizarlo al poseedor mediato a través del interdicto de retener, previsto por el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues cualquier actividad tendente a menoscabar el valor de la cosa, ha de interpretarse como una verdadera perturbación en la posesión, lográndose con dicha acción, el cese de las actividades nocivas a la cosa.

4º. INTERDICTOS

Los interdictos, como se sabe, son las acciones jurídico-procesales que todo ordenamiento concede al poseedor, con el objeto de proteger el hecho de su posesión, contra las perturbaciones y despojos -

(152) Ihering, La Posesión, ob. cit., ps. 209-210, sostiene que el verdadero poseedor es aquél que muestra interés por la cosa al momento de servirse de ella, cuidarla, protegerla, y asegurarla y que cualquier acto que vaya en contra de tales actividades, supone la pérdida de la posesión. Según tales conceptos, estimamos, aparte del contenido que el autor le concede, puede desprenderse también el de que, la conservación de la cosa irradia de ella y no de relación contractual alguna, por lo que ha de corresponder a cualquier poseedor, sea cual sea su posición en relación con la cosa.

que se efectúen en su contra (153) y siendo su existencia desde el tiem
po de los romanos el medio consustancial al mantenimiento de la posesión
se afirma por ello que es "la única institución jurídica nacida directa
y exclusivamente de la posesión... Existe en toda posesión con detentio
y animus sibi habendi, y no requiere ninguna calidad especial fuera de -
ella para producirse en la posesión. Forman, como hemos dicho, la exter-
na garantía y los límites del derecho de posesión, todo el valor patrimo-
nial que por su medio llega a garantizarse, es el contenido del derecho
posesorio..." (154). Es posible que esa concepción sintetizada de esa —
manera, pero desprendida de la propia razón de ser de la posesión, se re
cogiera en el artículo 446 del Código civil cuando por éste se dispone:
"Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere
inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión -
por los medios que las leyes de procedimientos establecen". La idea uni-
versal de protección interdictal a la posesión que se contiene en la nor
ma transcrita, ha sido avalada por gran parte de la doctrina española y
buen testimonio de ello son los expresivos términos en que Hernández Gil
le dedica su atención: "La tutela interdictal - dice - se dispensa en el
Código civil con la máxima amplitud. Conforme el artículo 446 "todo po-
seedor tiene derecho a ser respetado en la posesión...". El amparo inter-
dictal constituye el efecto posesorio básico y mínimo. Todo poseedor está
asistido de los interdictos... El poseedor civil o el poseedor natural,
el poseedor en nombre propio, el poseedor en nombre ajeno, el que lo ha-
ce en concepto de dueño o en concepto distinto, el de buena fe, el de ma

(153) Pérez Arda, Enrique, Interdictos de Retener y Recobrar, Rev.Gral.
de Leg. Jurisp. Tomo, 142, 1923, ps. 53-64.

(154) Marqués de Olivart, ob. cit. ps. 181 -182.

la fe, se hallan comprendidos en la fórmula generalizadora y sin distin
dos del artículo 446".(155). Según lo que se expone y sin mayores consi
deraciones, bien podría arribarse a la conclusión de que el poseedor me
diato, se encuentra igualmente protegido por los interdictos, porque al
igual que el poseedor inmediato- mediador, él es también poseedor con-
forme así lo dispone el artículo 430 según se vió, al encontrarse éste
en el disfrute de su derecho. No obstante, existe una corriente doctri-
naria que propugna una tesis contraria y niega posibilidad alguna al po-
seedor mediato de interponer los interdictos contra terceros, argumentos
que si bien planteados en el caso del arrendamiento, pueden ser aplica-
dos a cualquier poseedor mediato y que pueden resumirse en dos: 1º) la
ley distingue entre perturbaciones de hecho y de derecho, correspondien-
do la acción para las primeras a los arrendatarios quienes son los que -
poseen de hecho la cosa y las segundas a los arrendadores por ser posee-
dores del derecho. Pero, como la jurisprudencia ha declarado que los in
terdictos resuelven únicamente cuestiones de hecho, las pretensiones de
derecho, que son las que corresponden al arrendador, deben quedar al -
juicio ordinario. 2º) Y como los interdictos deciden interinamente so-
bre cuestiones de hecho, se conceden nada más a favor de aquél que tie-
ne la posesión material o tenencia de la cosa, conforme así lo dispone
el art. 1651 de la Ley Procesal (156). Esas ideas han sido sintetizadas

(155) Dictámenes, I, ob.cit. ps. 68-69.- En términos semejantes se pro-
nuncian Valverde y Valverde, ob. cit. pd. 335-336; Sánchez Román,
ob. cit.p. 438; de la Plaza, ob. cit. p. 50; Díez Picazo, ob.cit.
ps.62-64; Martín Pérez, ob. cit., p. 177; Prieto Castro, Int. de
Ret.y Rec., Rev. Der. Proc., Abr-Jun. 1945, ps.193-194; Gómez Orba-
neja y Herce Quemada, ob. cit., p. 35; García Valdecasas, ob.cit.
p.68; De Diego Lora, ob. cit., Vol. 2º, ps. 116 a 119.

(156) Rodríguez Solano, Federico, El Interdicto de Recobrar..., Rev.Der.
Priv.Dic. 1944, ps. 922 a 924.

en un silogismo de la manera siguiente: "...los interdictos posesorios sólo se confieren para proteger la posesión de hecho; es así que la posesión de hecho corresponde al arrendatario y no al arrendador; luego - solamente el primero está legitimado activamente para el ejercicio de las acciones interd. tales posesorias..." (157). Si bien del artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento civil se desprende que la protección interdictal se brinda a las situaciones de hecho que la posesión com--
parta, se debe de tener en consideración que según el artículo 430 - del Código civil, posesión es también el disfrute de un derecho; y si una cosa puede ser tenida o poseída de hecho, también es posible que un derecho lo sea, precisamente por percibir, ejercer o disfrutar tangi-
blemente lo prescrito por el derecho de que se trate. Así, tendríamos por ejemplo, que el percibir el precio del arriendo pactado, al efec--
tuar inspecciones de la cosa, exigir su conservación y efectuar las reparaciones necesarias en la misma, son algunas de las actuaciones de -
hecho en que consiste la posesión del derecho del arrendador; y si un -
tercero perturbara tales actuaciones o impidiera su ejercicio, no cabe duda de que nos encontramos ante una situación claramente protegida -
por los interdictos (158) y que por dicha razón, estaría legitimado el

(157) Viada López Puigcerver, Carlos, legitimación activa y pasiva en los interdictos..., Anuario Derecho Civil, Jul. Set. 1955, p. 824.

(158) Vallet de Goytisolo, Ob. cit., ps. 585 a 587, estima que el posee-
dor mediato se le puede perturbar de hecho en el disfrute de su -
derecho, ya sea a través de impedirle el ejercicio de su derecho,
ya por repercusión al perturbar la posesión de hecho del mediador.

poseedor mediato para su interposición. Como consecuencia de la posición de hecho que el poseedor mediato mantiene y a que aludimos ahora, estimamos, contrariamente a lo que algún autor sostiene (159), que le bastará al poseedor mediato accionar los interdictos por su propia iniciativa, sin necesidad de requerir la presencia o el apersonamiento en juicio del poseedor inmediato-mediador, precisamente porque su condición de poseedor inmediato-mediador, se basta asimismo para legitimar su demanda. Si no lo fuera así, dudoso sería incluso que pudiera ser considerado poseedor para quien únicamente se acuerdan los interdictos pero además, porque siéndolo sin lugar a dudas, se encuentra legitimado para intentar dicha acción, conforme lo prescribe así el ya citado artículo 446. En abono de lo expuesto, existe una razón más: es posible que la perturbación pueda afectar a ambos poseedores, como lo sería el caso de despojo de la cosa; pero podría serlo únicamente a la posesión del poseedor mediato como ya se vió, en cuyo caso evidentemente, sería el único con posibilidad de accionar el interdicto, por ser su interés nada más el lesionado y no el del mediador posesorio, quien por carecer del mismo, se vería impedido de plantear el proceso. Ahora bien, en un escalonamiento de posesiones, en donde se puedan encontrar como poseedores mediatos el propietario, usufructuario, subarrendador, prestamista y depositante, qué derechos serían los protegidos por los interdictos y en caso de perturbación, a quien correspondería la legitimación para su

(159) Giménez Arnau, Ob. cit. ps 257-258, quien refiriéndose al precarista como un real poseedor, pero sin afirmar que el mismo sea un mediador posesorio, expresa que el propietario para poder accionar los interdictos y de acuerdo con las exigencias del artículo 1652 de la Ley Procesal, ha de hacerlo acompañado del precarista, que es el que tiene la posesión de hecho o tenencia de la cosa.

interposición? Nos parece que en cuanto a la primera cuestión, aunque algunos derechos sean reales (propiedad y usufructo) y otros personales (arrendamiento y préstamo) para los efectos de su protección, sería indistinto su contenido, porque además de nacer todos de una o sobre la misma cosa (160), lo importante es que todos son derechos que se poseen de hecho y, en consecuencia, pueden resultar lesionados por una perturbación ya a la cosa, ya al propio contenido del derecho de que se trate. Respecto a la segunda cuestión, o sea a la legitimación de cada uno de dichos poseedores, lo estaría cada uno de ellos que resultare afectado o lesionado con la perturbación (161), pues como afirma De Diego Lora (162), legitimado en un proceso es aquél que se encuentra en una situación cualificada, la que viene determinada por el interés que la misma tenga en el proceso. En una gradación posesoria como la descrita pareciera ser que la perturbación, más no el despojo, no implica necesariamente que la lesión del derecho de uno de los poseedores, lo sea automáticamente también el de los demás poseedores, pues como todos los derechos son de contenido diferente, exis-

(160) Hernández Gil, Dictámenes, I. Ob. cit. p. 91, dice que, "Lo que importa a los fines de considerar los derechos como objeto de la posesión (a lo que agregaríamos, "y en consecuencia motivo de protección interdictal") es la incidencia de los mismos sobre las cosas y la continuidad en el ejercicio".

(161) Guasp, Jaime, Derecho Procesal Civil, I, 3ª Edic. Inst.Est.Pol. Madrid, 1968, p. 185, textualmente expresa: "Legitimación procesal es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud de la cual, exige para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso...".

(162) Ob. cit. Vol. 2º, p. 113.

tirán algunos con mayores facultades que otros, por lo que puede suceder que la perturbación afecte a algún derecho y los otros queden intactos, como sucedería por ejemplo, en un usufructo a título gratuito, por el que el usufructuario arrienda la cosa y al arrendatario un tercero le impide pagar la renta. Es claro que el propietario de la cosa en tal situación en nada se vería perturbado, incluso en el supuesto, de que el usufructo lo fuera a título oneroso, porque la obligación -- del usufructuario para con el nudo propietario, no depende de la contralida por el arrendatario a su favor, y en consecuencia, únicamente -- éste sería el legitimado para intentar el interdicto respectivo. Si la perturbación del tercero incide en los derechos de todos los poseedores mediatos, como ocurriría al impedirles inspeccionar o reparar la cosa, pareciera que todos deben estar legitimados para interponer el interdicto, por la común lesión inferida a sus intereses y que todos a la vez, conformando un litis consorcio necesario activo (163), concurren en la acción, por encontrarse unidos dependientemente uno de otro respecto a la razón promotora del interdicto. Y nos parece que debe serlo en el --

(163) Guasp, ob. cit., ps.201-202, dice: "Litis consorcio es aquel tipo de pluralidad de partes que se produce cuando los diversos litigantes aparecen no sólo situados en un mismo plano, sino además, unidos en su actuación procesal... puede revestir dos modalidades distintas: una de carácter material, otra de índole procesal estricta. Puede, en efecto, consistir primeramente en la necesidad de que varios intervengan conjuntamente en un proceso, de tal modo que la pretensión no puede ser válidamente propuesta sino por varios sujetos... Este es el litisconsorcio denominado propiamente necesario... Su razón de ser se encuentra: o bien en una norma expresa..., o bien en el principio general de que la indivisibilidad e inescindibilidad de una cierta situación jurídica procesal no permite su tratamiento por separado con relación a los diversos sujetos que en ella concurren..."

gencionado litis cualificado por dos razones: una, porque todos los de
rechos tienen como fundamento fáctico la misma cosa, de donde emana, co
mo se apuntó ya, la existencia de cada uno de ellos. Y la otra, el de -
que, siendo un derecho consustancial a la naturaleza, indole o razón--
de ser de la posición del poseedor mediato, como en todos nace al cons
tituirse como tales, entre sí existe un lazo común que impone, que al
ser la perturbación provocada en uno lo sea necesariamente en todos y
que en consecuencia, requiera también de todos en su defensa (164). Esa
misma razón ocurriría con mucha mayor actualidad, en el supuesto de -
despojo de la cosa, pues es indudable que sin distingos todos los po--
seedores mediatos se verían afectados por una misma causa y, en conse-
cuencia, legitimados para promover el interdicto de recobrar. En esta
circunstancia, se vería forzado también el poseedor inmediato--mediador
a ser partícipe en el litis consorcio necesario activo? De primer mo--
mento tal parece que sí, porque al igual que los demás poseedores, él
también se vería afectado en su derecho al carecer de la cosa. No obs-
tante, estimamos, que no debe serlo, porque, aunque lógicamente él es-
ta legitimado para interponer dichas acciones, la recuperación de la -
cosa a través de los interdictos, deviene imperativa únicamente para -

(164) Calamandrei, Piero. Inst. Der. Proc. Civ. Vol. II. Edic. Ejea, Buenos
Aires, 1931, p. 310, se expresa en estos términos: "En el litis
consorcio necesario, a la pluralidad de partes no corresponde -
la pluralidad de causas: la relación sustancial controvertida -
es una, y una sola la acción; pero, como la relación sustan-
cial afecta para varios sujetos, en forma que las modificacio-
nes que operan en ella, para ser eficaces, tienen que operar conjuntamente
en relación a todos ellos, la ley exige que al proceso en que -
se trata de decidir de esa única relación, sean llamados necesariamen-
te todos los sujetos de ella, a fin de que la decisión forme es-
tado en orden a todos ellos..."

los poseedores mediatos, como consecuencia de la obligación de mantener en la posesión de la cosa al poseedor inmediato-mediador, de tal manera que, ni siquiera en el supuesto del artículo 1560 del Código Civil regulador de las relaciones arrendaticias, cabría excusar (165), el de que el poseedor mediatos legalmente estuviera impedido para cumplir con la obligación de mantener en la posesión al mediador posesorio. Existiría por último, plantear el caso, de interposición de interdictos entre diferentes poseedores mediatos, pues en lo que respecta a los que se pueden interponer entre poseedor mediatos e inmediato, ya se le dedicará atención en el próximo capítulo. Cabe aclarar en primer término, que la posición que sustentan los poseedores mediatos no obedece a una coposesión, pues las mismas, además de configurar contenidos de derechos diferentes, ocupan grados o niveles distintos con relación a la cosa y entre sí mismos, de manera que la posesión que cada uno sustenta del grado respectivo le corresponde en modo exclusivo (166). De la misma manera en que un tercero puede perturbar la posesión del derecho del posee-

(165) Vallet de Goytisolo, ob. cit. ps. 544-585, manifiesta, que si bien el artículo 1560 dispone que el arrendador no se encuentra obligado a responder por la perturbación que un tercero realice la posesión de la finca arrendada, es lo cierto que no le prohíbe hacerlo, sino que más bien, es enunciativo del ejercicio de una facultad, o sea, que si quiere hacerlo, no hay norma que se lo impida. - De La Plaza, Ob. cit. ps. 50-51, refiriéndose al artículo 1560, dice que no parece contradictorio a la posesión mediatos, el que éste pueda utilizar el interdicto, pues, "...así acaso tendría resultado práctico el art. 1559, que obliga a poner en conocimiento del arrendador cualquier usurpación o novedad dañosa, sobre todo si se tiene en cuenta que el precepto se refiere, no sólo a la consumada, sino a la que abiertamente se prepare".

(166) Wolff, ob. cit. p. 65, al texto dice: "Existe coposesión, cuando varios poseedores dominan la misma cosa como poseedores inmediatos, o como poseedores mediatos del mismo grado".

seedor mediato, igualmente puede suceder, según parece, que lo mismo - ocurra entre poseedores mediatos de una misma cosa; sólo que la determinación de la perturbación resultará más difícil de ser detectada, debido a que podría confundirse con el ejercicio del derecho o el incumplimiento de las obligaciones, que a cada uno corresponda. Así, por ejemplo, el no pago del precio por parte del subarrendador al arrendador original, no daría lugar a la interposición del interdicto, porque el mismo se configuraría como un incumplimiento contractual. Mientras que, el impedir por parte de otro poseedor mediato, se efectúe el mencionado pago, si se constituiría como una perturbación al derecho del poseedor con derecho a percibir dicha suma. Más nítida, sin embargo, - aparece la acción de despojo, que por ejemplo pudiera efectuarse a través de la interversión posesoria, pues evidentemente habría una negación o contradicción del derecho del poseedor mediato superior correspondiente, que se vería de esa manera, privado del poder jurídico sobre la cosa. En este caso, como en el anterior, parece claro que el poseedor o poseedores lesionados puedan recurrir a la acción interdictal (167) ; más, el efecto de tal acción, según puede pensarse, ha de circunscribirse, aún en el supuesto de despojo, al mantenimiento o reintegración de la posición que el poseedor mediato lesionado sustentaba anteriormente a la acción, más nunca a la expulsión de la posición que el poseedor agresor tuviera antes de inferir ésta, precisamente, porque la cuestión interdictal a lo que se contrae es a la posesión de hecho

(167) Guasp, ob. cit. tomo II, p. 437, estima que están legitimados para interponer los interdictos recíprocamente entre sí, todos los poseedores que se encuentren ordenados verticalmente, o sea, colocados en grados desiguales uno después del otro.- Prieto Castro, Der. Proc.Civ. II, ps. 100 a 102, parece que también acepta la tesis expuesta.

del derecho y ésta constituiría, permitiendo el ejercicio del derecho poseído, en que consiste la posesión de todo poseedor mediato. Otra cosa ocurriría si la acción intentada lo fuera de otra índole y con miras a resolver o rescindir la relación contractual, pues en la acción posesoria como se ve, nada de estas cosas referentes a derechos se discuten (168), y, en consecuencia, los efectos que han de desprenderse, deben de diferir, no sólo de aquéllas, sino de la situación posesoria particular de que se trate.

5º. USUCAPION

El sujeto que inicialmente posee la cosa y que sobre la misma constituye una relación de mediación posesoria, puede tener ésta de dos maneras: o como propietario o en concepto de dueño. Como propietario se supone que el título pleno de dominio de que goza sobre la cosa, le autoriza legalmente, entre otras cosas, a poseerla. Pero su posesión lo es como una facultad o emanación, de los varios en que se encuentra constituido el derecho pleno de propiedad. Si lo hace en concepto de dueño, puede ser que ya sea propietario y la denominación primera es una de las tantas que tiene la segunda; pero puede resultar también que sea un sujeto que no siéndolo (propietario), aspire a llegar a serlo

(168) Castán, ob. cit. p. 496, dice que en cuanto subsiste la posesión, se debe entender los efectos a la defensa del estado posesorio mediante las acciones y presunciones posesorias; las primeras "... son las que protegen al simple hecho de la posesión, amparando al poseedor contra cualquier perturbador, pero sin recabar una declaración acerca del derecho a la posesión..."

(169). Es a este último poseedor a quien hemos de referirnos pues sería el único con posibilidad de usucapir, según los claros y precisos términos de los artículos 1940 y 1941, del Código Civil, que además de exigir para la prescripción ordinaria del dominio de los requisitos de buena fé y justo título, requieren que la posesión sea en concepto de dueño. Qué habría que entender por posesión en concepto de dueño? Fundamentalmente y sin pretender ser amplios en el tema (170), que además excedería de la expresa finalidad del presente trabajo, estimamos que la característica singular que distingue al poseedor en concepto de dueño a los fines de la usucapión, es el de comportarse ante la cosa como su propietario, o sea, tratándola como si le perteneciera (171), mientras

-
- (169) Manresa, ob. cit. p. 102.- Hernández Gil, La función social...ob. cit. p. 88. dice: "La posesión en concepto de dueño - que es la - del dueño, más si la apta para la adquisición de dominio- es, según el artículo 447, la que se "adquiere y disfruta" con ese carácter, por lo que su determinación ha de efectuarse con referencia al momento adquisitivo".
- (170) Morales Moreno, ob.cit. ps. 73 a 95, trata amplia y detalladamente sobre el tema de la posesión "en concepto de dueño".
- (171) Morales Moreno, ob. cit. ps. 90-91, dice: "La intención de haber la cosa (o derecho) como suyo (Art. 430) es el elemento subjetivo de la possessio ad-usucapionem, también denominado animus. El animus implica conjuntamente la intención de retener la cosa, también presente en la posesión natural (animus detinendi), y la intención de tenerla como si se fuera titular del derecho que se va adquirir por la usucapión... Más por su relevancia sobre el mecanismo de adquisición de los derechos en la usucapión, la voluntad individual (psicológica) es objeto de retoques jurídicos impuestos por la seguridad del tráfico. Nos referimos al doble fenómenos de la tipificación y la objetivación de la voluntad. La expresión - "Concepto de dueño" designa el animus que se toma en cuenta por - el derecho usucapible (tipificación) y fijado en su desenvolvimiento con arreglo a unas pautas que establece objetivamente el derecho (objetivación)".

se mantiene la cosa bajo el poder de señorío de hecho que constituye la posesión. O sea, que ha de tenerse la cosa o derecho de que se trate - con posesión civil como lo prescribe el artículo 430 (172), aunque no - siempre teniendo la cosa o derecho en tal forma se logra usucapir, como sucede con el derecho del arrendatario, debido esencialmente, estimamos, a que algunos derechos no son de los usucapibles (Arts. 1930 y 1957), - aunque los mismos puedan tenerse como propios. Ahora bien, el primer problema que el poseedor mediato debe afrontar en condiciones de usucapir, el es fijado por el artículo 1940, cuando dispone que "Para la prescrip-ción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer - las cosas...". El poseedor mediato, como se sabe, no posee la cosa directamente, pues la misma se encuentra bajo el poder del mediador posesorio sino que lo único que posee es el derecho. Sin embargo, como de conformidad con el artículo 432, el mediador posesorio posee la cosa en concepto distinto y reconociendo en el poseedor mediato dicha condición, es evidente que de esa forma está potenciando el que los efectos que produzca su posesión para la condición de propietario, sean aprovechados por el poseedor mediato: éste, para dichos efectos, posee a través del mediador posesorio, quien como no lo hace en concepto de dueño, permite entonces que aquél aproveche dicha posesión para usucapir el derecho. De mayor significación puede ser el problema que se presenta a la institución de la mediación posesoria, fundada en el artículo 432, cuando encontrándose el - poseedor mediato usucapiendo el derecho de propiedad, puede atribuírsele la frase dispositiva de dicha norma "Perteneciendo al dominio a otra persona".

(172) Martín Pérez, Ob. cit., p.55, entiende que tener la cosa en concepto de dueño y hacer la cosa como propia, son dos conceptos distintos, al punto que el último no es suficiente para fundar la usucapión.

sona", precisamente, si todavía no lo ha adquirido. Estimamos, que aun- que dicha frase se refiere concretamete al derecho de propiedad y el mis- mo por estarlo usucapiendo no lo tiene todavía el poseedor mediato, debe de entenderse ampliamente, en el sentido de que dicho poseedor como está poseyendo en concepto de dueño ha de ser suficientemente dicha caracteri- zación, para atribuirle la pertenencia de la cosa y situarle jurídicamen- te en la mencionada posición y merced a ella, estar autorizado para cons- tituir una mediación posesoria sobre la cosa, aunque desde luego el dere- cho constituido por falta de verdadera causa no sea válido, como sería el caso que un usucapiante constituya un usufructo sobre la cosa. Ahora, esa circunstancia como se ve, no es obstáculo para que en realidad se - forme la mediación posesoria, porque, aún de hecho, la cosa ha pasado a manos del mediador y desde esa posición, la misma produce sus efectos pa- ra ambos poseedores (173), incluyendo desde luego en el poseedor mediato el continuar usucapiendo su derecho. Otra cosa habría que plantearse con la interrupción de la usucapición; según el artículo 1943 ésta se interrump- pe, cuando la posesión se interrumpe ya sea natural o civilmente. En lo tocante a este punto se podrían plantear tres alternativas: a) la inte- rrupción de la usucapición propiamente al poseedor mediato en concepto de dueño; b) si la interrupción de la usucapición en otro poseedor en concep-

(173) Hernández Gil, La Función social..., ob. cit. ps. 83-84, dice: "La posesión se presenta como autónoma siempre que no se la considere en dependencia de un derecho que pueda atribuirle, como el de pro- piedad... La autonomía no consiste en saber que la dependencia no existe, sino en no tener que hacerse la pregunta para estar asisti- do de la tutela posesoria. Luego la posesión es susceptible de pro- ducir efectos jurídicos al margen de todo título expresivo de un - derecho que la confiera: estimar que esa efectividad jurídica des- cansa en la probabilidad de que el título exista es, a mi juicio, empequeñecer el alcance de la posesión".

to de dueño, supuesto un escalonamiento de posesiones, puede afectar o - interrumpir la usucapión del primero; y c) si cualquier interrupción en la posesión del mediador posesorio en su posesión, puede provocar una interrupción de la usucapión en el poseedor mediato. En cuanto a la primera hipótesis, o sea, la interrupción propiamente dicha de la usucapión - en el poseedor mediato en concepto de dueño, las mismas no difieren de - las enumeradas en los artículos 1944 a 1948, sea cual sea el derecho que se esté usucapiendo. Respecto a la segunda, no creemos que tenga ninguna influencia el que factores singulares de una usucapión en un poseedor de terminado, puedan incidir en la usucapión de otro poseedor que igualmente lo esté haciendo, pues ambos derechos, además de ser distintos, para los fines de la usucapión son independientes uno del otro. Y sobre la posible incidencia de la interrupción de la posesión del mediador posesorio, creemos, aparte de las señaladas en la primera hipótesis, ninguna vendría a - tener trascendencia en la usucapión del poseedor mediato, pues evidente-
mente, tan luego el mediador posesorio cese por cualquier razón en su posesión, el poseedor mediato deja de ser tal, pero se convierte en poseedor inmediato, lo que le permitiría continuar usucapiendo el derecho de que - se trate, por tener directamente la cosa bajo su poder.

69. FRUTOS

Se ha indicado al principio de esta sección, que los poderes del - poseedor mediato e inmediato-mediador, además de desprenderse de la posición posesoria que cada uno sustenta, dependerán también de la índole del derecho adquirido en la específica relación jurídica de que se trate. Ese mismo criterio ha de aplicarse si se trata de los frutos, pues las partes pueden convenir libremente en torno al destino de los mismos. Para lograr

una clara delimitación del poder de cada uno de los poseedores, se ha de entender por fruto, a diferencia de lo que es el producto, todo aquello aprovechable, que la cosa periódicamente produce, "Es decir, los frutos son las utilidades nacidas de la cosa principal, conservando ésta su fecundidad, mientras los productos son los residuos aprovechables de la cosa principal al desaparecer ésta o aquéllas utilidades circunstancialmente producidas por causas ajenas a la cosa principal" (174). El artículo 354 del Código Civil clasifica los frutos en naturales, industriales y civiles, disponiendo a la vez que los mismos pertenecen al propietario (175). Por el artículo siguiente se definen los naturales como las producciones espontáneas de la tierra y de los animales; los industriales, como aquellos que producen los predios merced a su cultivo o trabajo y los civiles, como las rentas dinerarias o análogas que las cosas producen. En principio, como lo dispone la norma primeramente citada, ha de entenderse que si el poseedor de la cosa es el propietario, lógicamente es a él a quien deben corresponder los mencionados frutos. Sin embargo, tan luego la cosa entre en relación de mediación posesoria la situa-

(174) Martín Retortillo, Cirilo, Notas sobre el Concepto de Frutos, Rev. Der.Priv. Mar-Dic. 1932, p.90.

(175) Delgado Echeverría, Jesús. Adquisición y Restitución de Frutos por el Poseedor, Anuario Derecho Civil, Jul.Set., 1975, ps. 579-580, - después de afirmar que al poseedor de buena fe le corresponden los frutos naturales, industriales y civiles, dice que este principio ha suscitado disputas doctrinales, por la dificultad de encuadrar ciertos aprovechamientos de las cosas y por el distinto alcance - que las normas legales le dan al concepto de fruto, en orden a la pertenencia de los mismos por el poseedor-propietario, pues encontrándose otro poseedor en el disfrute de la cosa, el problema queda resuelto por el límite del contenido del derecho de goce de que se trate.-

ción varía, pues la confluencia de dos o más derechos sobre la cosa, hacen que los frutos tomen distinto destino según el derecho o la posición que el poseedor mantenga con la cosa. Existe, no obstante, un elemento - adjunto a la posesión y derecho de cada poseedor que condiciona la adquisición de los frutos al que se refiere el artículo 451 como la buena - fe o la creencia que el poseedor tiene de que su posesión es legítima, ó sea, como lo dispone el artículo 1950, de que la ha adquirido del dueño o del sujeto que jurídicamente está facultado para entregarla. Mientras esa buena fe persista en el poseedor y al efecto el artículo 434 la presume siempre en favor de éste, adquirirá los frutos que su posesión y derecho le confieran; más "La clave de la cesación de los derechos del poseedor de buena fe a los frutos de la cosa poseída está, pues, en la cesación de esa buena fe, que era el fundamento de la percepción" (176). - Ahora bien, presupuesta en adelante la buena fe en el poseedor mediato, qué frutos le corresponderían de la relación jurídica de mediación? Aparte como ya se ha dicho, de la clase de relación jurídica que se establezca, como sucede con el comodato (Art. 1741) y el depósito (Art. 1770) en donde es el propietario a quien corresponden los frutos (177), estimamos que la entrega de la cosa a otro sujeto, que viene a constituirse como en el dejar de gozar de la misma, en principio, debe de proporcionar al poseedor mediato el goce únicamente de los frutos civiles, que como se vió es la renta dineraria que tal entrega ha de producir. De esa manera se -

(176) Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. El concepto de "interrupción legal de la posesión...", Rev.Leg.Jurisp.Ene-Jun.1952, p. 183.

(177) García Cantero, ob. cit., p. 162, dice que al referirse el artículo 1770 a productos, lo es en una forma omnicomprensiva para encerrar en él, que pertenecen al propietario, todos los acrecimientos que la cosa depositada tenga al final del mismo, sean estos frutos o no.-

afirma que fruto civil es lo que produce la cosa fructifera, "pero no directamente o procediendo de ella misma, sino como consecuencia de haberla hecho objeto de una relación jurídica de la que nace el derecho a obtener el fruto... de manera que sería una "renta de sustitución" respecto del goce directo de la cosa. Este carácter de "renta de sustitución" (...), explican que se atribuyan los frutos civiles a quien correspondería el goce de la cosa... Todo fruto civil es un derecho de crédito... es titular del crédito quien contrató en su propio nombre, cualquiera que sea la situación en cuanto a la titularidad de la cosa cuyo goce cede para adquirir el crédito correspondiente. Quien arrienda una cosa ajena es él, y no el propietario de la cosa, el acreedor de la merced" (178). Esa circunstancia de que sea el poseedor mediató contratante, el que tenga derecho a los frutos civiles, no descarta la posibilidad de que el poseedor mediató-superior también pueda adquirir frutos civiles de la cosa, ya sea provenientes del convenio celebrado por él con el mencionado poseedor mediató contratante, ya por acordarlo así ambos poseedores como condición para que la cosa pueda ser entregada a un tercero: tal cosa ocurriría por ejemplo, en el supuesto de un subarriendo, en donde el subarrendador ya de por sí entrega al arrendador-propietario el precio del original arriendo, pero puede a la vez participarlo en la renta del futuro subarriendo, como condición para que éste se efectúe. Además de los frutos civiles, pue-

(178) Delgado Echeverría, ob. cit. p. 585-587, agrega, que el sentido del párrafo 3º del artículo 451, es el de que "corresponde al poseedor de la cosa, prescindiendo de si es o no titular (correspondiente al goce que otro tiene de dicha cosa), el resultado económico del mismo en concepto de "frutos civiles" de un determinado período fructífero, proporcionalmente a la duración de su posesión en dicho período."

de el poseedor mediato tener acceso a la adquisición de los frutos naturales e industriales? Se ha señalado que en supuestos como el comodato y el depósito, corresponden al propietario la adquisición de tales frutos. No obstante se puede afirmar con el artículo 452, que también los mencionados frutos pasan a poder del poseedor mediato, a partir de que en el mediador posesorio cesa la buena fe y en este caso, supuesto un escalonamiento de posesiones, habría que prorratear entre todos los poseedores mediatos el mencionado producto? Evidentemente que no, pues como se ha señalado anteriormente, es al poseedor mediato contratante e inmediato superior del poseedor de mala fe, a quien habrá de abonársele los mismos. Y si es el poseedor mediato quien cesa en la buena fe, a quién corresponderían los frutos civiles que él percibiría? Parece a primera vista que dichos frutos deben de revertir en el poseedor inferior-contratante, pues es él el que mantiene la relación jurídica con dicho poseedor mediato.

Sin embargo parece ser también que esa no sería una solución acertada, porque como se quiera, el poseedor inmediato-mediador estaría obteniendo un enriquecimiento, que si bien fundado en la causa de la mala fe de su causante, ello podría ir en perjuicio del propietario o de cualquier otro poseedor mediato superior de quien traiga causa el poseedor mediato de mala fe. Por eso nos parece que deben ser aquéllos, según corresponda, quienes debieran de percibir tales frutos, estimando que tal solución puede encontrar apoyo en el artículo 455 cuando dispone que "el poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos, y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir..." debido a que, puesto que el poseedor mediato de mala fe cesa en su posesión a los efectos de la percepción de los mencionados frutos (179), parece del todo admisible que en el mencionado lugar del poseedor de mala fe, venga a ser ocupado en la percepción de los mismos, por el poseedor mediato superior siguiente, pues al ponerse el poseedor de ma

(179) Albaladejo, ob. cit. ps. 92-93.

la fe en tal condición, estaría provocando la hipótesis de impedirle la percepción de frutos a su dicho poseedor mediato superior, situación que se vería resuelta si interpretamos, que la posición de éste último poseedor podría tener el matiz de hipotética conforme lo prescribe el párrafo de la norma citada y que debido a ello, asume el lugar vacante inmediato inferior. Claro que a ello podría oponerse el carácter contractual de la relación; pero si por otra parte vemos, que lo que se ha operado es una sustitución en la posición del poseedor mediato de mala fe, merced a la posesión que sustenta el sustituto, realmente no ha existido una alteración contractual, porque no pudiendo el poseedor de mala fe efectuar ningún reclamo al respecto, no sólo se mantiene la posición del poseedor inmediato-mediador al cubrir dichos frutos, sino que el poseedor superior -vería cubierto el todo o parte de los frutos correspondientes a la posesión que él mantenga.-

7º. GASTOS

Como regla general y tal como se afirmó, cuanto de la conservación de la cosa se dijo, en principio, los gastos de conservación de la cosa corresponden al poseedor mediato (180) y prueba de ello es la disposición del artículo 453. Pero, aquí creemos poder reforzar lo que antes se dijo

(180) Albaladejo, ob. cit. p. 95, estima que los gastos necesarios para la conservación de la cosa, "son - como regla - de cargo del que - tiene el disfrute y uso de ésta, pues se consideran como una merma del bruto de los frutos y como un desembolso que debe realizar -- quien se beneficia del uso de la cosa. Y - presupuesto todo ello - cabe ahora afirmar que el derecho, que tiene el poseedor, el abono de los gastos necesarios, no es al abono íntegro de éstos, sino só lo al de aquella parte de los mismos que -habida cuenta del uso y disfrute que hizo de la cosa - no hubieran debido ser de cuenta su ya".-

con el argumento de que, tal disposición es del todo correcta y acertada respecto a la mediación posesoria, si tomamos en cuenta lo dicho sobre la percepción de frutos civiles por el poseedor mediato. En efecto, el fundamento de que éstas, apuntadas las excepciones ya vistas en razón de la índole de la relación jurídica que las forma, perciba tales frutos lo es, la sustitución o compensación que el desprenderse del goce directo de la cosa le ocasiona. Si ese desprendimiento no efectuarase, lógico es que el poseedor deba de sufragar los gastos que el uso y el disfrute ocasiona, precisamente porque solamente a él, benefician. Pero, en las relaciones de mediación posesoria, precisamente como la misma se forma por el desplazamiento de la cosa a distinta persona, hay que entender que normalmente esa movilización que la cosa experimentan, debe venir acompañada de una compensación económica (y de hecho así sucede en la mayoría de los casos), que en el fondo viene a desempeñar y a sustituir el goce o disfrute que la cosa ausente proporciona. Y, como entonces, en realidad, si se produce esa compensación económica el poseedor mediato no ha visto mermado su disfrute en la cosa (aunque ahora transformado en una renta), lógico y justo es, que continúen a su cargo los gastos de conservación de la cosa que ésta cumpla el fin a que está destinada. Ahora bien, ello no indica ni mucho menos, que el poseedor directo pueda asumir una conducta despreocupada con la cosa, ni mucho menos culpable, que la haga desmerecer en su forma y sustancia: deberá, como dispone el artículo 497 cuidar de la cosa como un buen padre de familia y si por su descuido o dolo la cosa sufre deterioros, sólo él ha de asumir los gastos ocasionados con tal conducta. Ello indica que entre la conservación que el poseedor mediato dispensa a la cosa (conservarla para el uso a que está destinada) y la conservación a que está obligado el poseedor inmediato-mediador (el que la cosa conserva su uso mientras él obtiene el disfrute que le proporciona) media la circunstancia, que como el poseedor inmediato-mediador paga la renta con-

venida (frutos civiles) para disfrutar de la cosa, el lógico desgaste y deterioro de la cosa por el disfrute, como ya está compensado por la - renta dineraria, deba ser asumido por el poseedor mediato. Si tales deterioros son atribuibles al poseedor inmediato-mediador, el poseedor mediato tiene el poder de obligarlo a que sufrague de su cuenta los mismos. Y a ello se dirige la disposición en el artículo 457 del Código Civil cuando dice: "El poseedor de buena fe no responde al deterioro o - pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo...". Es entonces, en tales casos, en que el po- seedor mediato tiene poder a su favor para que el mediador cubra los - gastos de los deterioros que se causen en la cosa. Deriva poder el posee- dor mediato también para hacer que el mediador posesorio cubra los gas- tos necesarios para la conservación de la cosa, cuando la ley así lo disponga (artículo 500 del Código Civil) o que de esa manera hubiese sido convenido por ambas partes.

8º. PRESUNCIONES LEGALES

El poseedor mediato también deriva del ordenamiento jurídico, una serie de poderes contenidos en las presunciones legales, que preservan, garantizan y fortalecen la posición de poseedor mediato que mantiene. Así tenemos, que para la obtención de los frutos civiles se presume en él la buena fe (Art. 434). Se mantiene la índole de su posesión evitando la interversión posesoria del mediador posesorio, por lo que se le - facilita la adquisición de la propiedad (Arts. 436 y 447). Obtiene las ventajas, cuando posee en concepto de dueño, que un justo título ofrece al poseedor, aunque deba de probarlo para los fines de la usucapión - (arts. 448 y 1954). Además de la posesión del derecho que le deviene por el artículo 430, el poseedor mediato tiene la presunción legal a su fa-

vor, de que posee también el corpus de la cosa (181) a través de la posesión del poseedor inmediato-mediador (Art. 449). Para los efectos de la percepción de frutos civiles y la usucapión, poseyendo en concepto de dueño, se presume, que si el poseedor mediató actual poseyó anteriormente, poseyó también en tiempo intermedio (art. 459); y que la posesión in debidamente perdida al ser recuperada, se entiende de que la ha disfrutado, para todo lo que le beneficie, sin interrupción (Art. 466). Por último, los actos ejecutados o consentidos por el mediador posesorio en el disfrute de la cosa, no le perjudican ni lo obligan en la posesión que tiene (art. 463).-

(181) Morales Moreno. Ob. cit., p. 40, rechazando que la presunción legal del art. 449, se refiera a los muebles contenidos en el inmueble dice que la presunción se refiere al corpus de la cosa, reflejado a través del contacto material que el poseedor inmediato tiene con la cosa, o sea, "... el que ejerce a través de la mediación de otro sujeto sobre el bien continente...".

IV. PODERES Y EFECTOS DEL MEDIADOR POSESORIO

Sumario: 1º.- Entrega de la cosa. 2º.- Adquisición de posesión. 3º.- Mantenimiento en la posesión. 4º.- Interdictos. 5º.- Usucapación. 6º.- Frutos. 7º.- Gastos. 8º.- Presunciones Legales.

1º. ENTREGA DE LA COSA

Es inobjetable que el primer y fundamental poder que el mediador posesorio adquiere al establecerse la relación jurídica de mediación es, a que el poseedor anterior o poseedor mediato, le haga entrega o deje a su disposición la cosa para ejercer su posesión (182). Si la mediación posesoria consiste precisamente, en el ejercicio de la posesión sobre una cosa por un sujeto que ha de recibir ésta de otro, es claro que como una consecuencia esencial e ineludible, nace a favor del mediador posesorio el poder exigir del poseedor anterior, se le entregue la cosa para iniciar el cumplimiento de lo pactado. Es así como se debe entender, que el mencionado poder en favor del mediador posesorio, se encuentra contenido en la propia sustantividad estructural de la relación jurídica de mediación, sin que por otra parte ésta pudiera entenderse de otra forma, sino como la misma se manifiesta ser: si la relación jurídica de mediación consiste en configurar a favor de un no-poseedor, no sólo la pose-

(182) Cerrillo Quílez, Ob. cit., ps. 388-389, refiriéndose a las relaciones del arrendatario con el subarrendatario dice: "Siendo el subarriendo un verdadero arriendo, las relaciones entre el arrendatario y el subarrendatario..., son exactamente las mismas que existen normalmente entre el arrendador y arrendatario. Así el subarrendador está obligado a ceder el uso de la cosa, y el subarrendatario a pagar el precio, etc..."-.

sión de la cosa, sino que también un derecho en o sobre ella, cabe deducir estricta y consecuentemente, que a su favor se instituye también el poder de exigir se le entregue la cosa. De dónde procede ese poder del mediador posesorio de exigir se le entregue la cosa? Lógico es pensar que lo es de la relación jurídica constituida y por la que se deriva el derecho a poseer la cosa. Pero, más concretamente se debe de pensar que el mismo tiene sus raíces, en la voluntad de hacer entrega de la cosa que el poseedor mediato adquiere al obligarse en la relación jurídica, como puede deducirse de los artículos 467 para el usufructo, 1543 en el arrendamiento, 1740 en el préstamo, 1758 en el depósito y 1863 de la prenda. Si ello es así, habría que afirmar con Mazeaud (183), que el mencionado poder o derecho del mediador posesorio lo es de carácter personal, o sea, un derecho nacido propiamente de la relación jurídica establecida, pese a que correlativamente en el poseedor mediato la obligación de entregar la cosa se denomina como de carácter real (184), debido, estimamos a que el poder coercitivo en que consiste el derecho de exigir la entrega de la cosa, está dirigido a obtener una determinada conducta del poseedor mediato (entrega de la cosa) y no a un poder que recae sobre la cosa. Ello implica a nuestro entender, que el poseedor inmediato-mediador se encuentra imposibilitado de accionar contra un tercero, a fin de que se le entregue la cosa y a lo sumo podría dirigirse contra el poseedor mediato, para que

(183) Ob. cit. pd. 130-131, dice que "El poder del detentador por nacer de una situación jurídica, es un poder de derecho; el inquilino, el arrendatario rural, etc., tienen un derecho, no sobre la cosa (no se trata de un derecho real), pero al menos un derecho de crédito contra el arrendador, que debe poner la cosa a su disposición"

(184) Von Tuhr, A. Tratado de las Obligaciones, tomo I, Edit. Reus S.A. - Edic. 1ª, 1934, ps. 33-34, dice que existen prestaciones personales y reales, distinguiéndose las segundas, como las que obligan al deudor a entregar o ceder el uso de una cosa, como sucede en el arrendamiento.

éste se la entregue u obligue al tercero para que lo haga. Otra cuestión resulta el determinar el momento oportuno para que se actualice el poder por el cual ha de entregársele la cosa al mediador posesorio. En principio, se puede decir, que de conformidad con los artículos 1254 y 1258 - del Código civil, el poder nace a favor del mediador posesorio a partir del momento en que se perfecciona el contrato por el consentimiento de - ambas partes. Si la mediación posesoria deriva de disposición legal o ju- dicial, desde el momento en que el mediador se encuentre bajo el presu- puesto previsto por la ley o cuando así lo disponga el Juez. Y lo debe - ser así en la forma dicha, porque como se ha dicho, el poder lo es de ca- rácter personal y no real. Sin embargo, sería posible pensar que el po- seedor mediato se negase legalmente a entregar la cosa, en aquellos su- puestos en que, recíprocamente se hubiese pactado, que el poseedor inme- diato-mediador estuviese obligado a realizar una contraprestación como - condición a la entrega de la cosa y no la cumpliera, como sería el caso en que el arrendatario no pagase el precio convenido por anticipado (art. 1555).

2º. ADQUISICION DE POSESION

Tan luego como la cosa le sea entregada al mediador posesorio, se le deje a su disposición o se apodere de ella, aun sin el asentimiento - del poseedor mediato, se inicia el poder o señorío de hecho en que con- siste su posesión. El mencionado poder, como ya se ha visto, consiste en un despliegue volitivo por el que el mediador posesorio somete la cosa a la esfera de sus acciones, sujetándola a su dominación, para lograr obte- ner de ella una determinada finalidad, que varía según el orden de la re- lación jurídica establecida. Y, como dicho poder ha nacido bajo el auspi- cio de dicha relación, que le proporciona al mediador posesorio un dere-

cho a tener la cosa, le es posible también, conforme actúa sobre la cosa, el poseer de hecho el derecho correspondiente. Ese es el sentido - que se contiene en el artículo 430 cuando dice que posesión es, tanto - la tenencia de una cosa como el disfrute de un derecho. Ahora bien, cuál es el sentido, digamos teleológico, que tiene para el mediador posesorio el someter la cosa a su posesión? Aparte de la consideración de lo que propiamente deba de estimarse como la posesión en sí de la cosa, la ques tión planteada tiene en el mediador posesorio una respuesta eminentemente positiva, cuando como en su oportunidad se señaló, se dispone por el artículo 432, que la posesión de la cosa la tiene el tenedor para conser varla o disfrutarla. Ese es, sin mayores cortapisas, el objetivo que el mediador posesorio persigue con someter la cosa bajo su poder; finalidad según parece, que no podría realizarse, si el mediador no ejerciera la - posesión sobre la cosa, porque además de que entonces el único que posee ría sería el poseedor mediato y aquél se constituiría en un puro instrumento sin iniciativa autónoma e independiente, la connotación de los con ceptos "conservar" y "disfrutar", no podrían tener el alcance de poder - jurídico que se desprende del artículo 432. En efecto, si examinamos en primer lugar el concepto "conservar", además del contenido y alcance que se le ha asignado ya supra página 200, es indudable que proporciona al me diador posesorio un derecho independiente, por el que mantiene la cosa - bajo su poder a fin de que conserve su forma y sustancia original, oponien do incluso al poseedor mediato de quien traiga causa, tal y como sucede con el depositario, que puede retener la cosa cuando no se le hayan cubr tierto las sumas que se le deben por razón del depósito (Art. 1780), circ unstancia determinada a nuestro entender por el poder posesorio adquiri do / no ya derivado de un derecho de crédito en cuyo resguardo se ha ins tituido ex lege el poder de retención. Pero, además, porque el "conser--

var la cosa" se asume en el mediador posesorio, no sólo como una obligación de preservarla contra deterioros, sino como un derecho de exigir del poseedor mediato el que efectúe reparaciones en la cosa para que la misma se mantenga - en condiciones de servir al fin a que está destinada - (Art. 1559). Por otra parte en cuanto al concepto "disfrute", comprende tanto el uso como el aprovechamiento de los frutos que la cosa produce, - no habría razón ni justificación alguna en que el mediador posesorio los ejercitara e hiciera suyos, sino es en virtud de una facultad sustantiva que autónoma e independientemente le concede hacerlo, pues los mismos a no dudar, son una consecuencia directa, inmediata y actual, del poder en que consiste la posesión. Véase como si no, en una estrecha relación con el artículo 432, como los artículos 467, 471, 1543, 1741, disponen que - los respectivos mediadores posesorios de cada una de las instituciones señaladas, tienen el derecho a usar, disfrutar y aprovechar los frutos - en su caso. No se concebiría admisible que un no-poseedor se condujera - ante la cosa de semejante forma, pues una actividad de tal índole denota influencia y disposición en la cosa, sólo comprensibles como emanadas de una facultad jurídica del orden de los derechos. Se podría objetar que - tal derecho al uso y disfrute de la cosa provienen más propiamente de la relación jurídica establecida (185), que como consecuencia del poder en que consiste la posesión; máxime si se toma en consideración que en algu

(185) Martín Retortillo, El Comodato... Ob. cit. ps.944-945, dice que la discusión sobre la extensión del uso de la cosa en el comodato, - "...hoy es bizantina, ya que dado los términos del art. 1741, el - comodatario" adquiere el uso de la cosa" naturalmente en toda su - amplitud, si bien queda limitado en cuanto al modo y al nacimiento de utilización de la misma, sin perjuicio, claro está, de que se - establezcan por las partes limitaciones o condicionamientos de ese uso".-

nos casos, no obstante ejercerse el mismo poder de posesión sobre una cosa, el resultado puede ser sólo el de conservar la cosa sin disfrutarla. No obstante, aunque eso sea cierto, verdaderamente no viene a desvirtuar lo afirmado, porque, aunque contractualmente pudiera limitarse o ampliarse los poderes que el poseedor inmediato-mediador tenga sobre la cosa, de lo que no sería posible prescindir para que tales poderes existan jurídicamente, es precisamente de que para aprovecharse de esa forma de la cosa, deje de poseerla, pues solamente el ejercer esta la posesión concede al mediador posesorio la facultad de atribuirse jurídicamente, el poder de conservar y disfrutar la cosa de la manera en que lo tiene dispuesto el artículo 432 citado.

3º. MANTENIMIENTO EN LA POSESION

Hemos visto que por disposición del artículo 432 el mediador posesorio, tiene el poder o derecho de conservar y disfrutar la cosa. Ese derecho, además, se puede pensar proviene también, del poder en que consiste la posesión del mediador posesorio, porque si éste tiene sometida la cosa a su dominación, no debe creerse que lo es únicamente desde el punto de vista formal —aunque en sentido estricto la posesión consiste en un poder formal vacío de todo contenido material (186),— sino que ha de —

(186) Saleilles, ob. cit. p. 160, dice en contrapartida a lo expuesto — que: "Afirmando por consiguiente, que lo que constituye el corpus posesorio, es un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del ind. entre aquél a quien dichos hechos se refieren y la cosa que éstos tienen por objeto".—

pensarse que dicho poder se ejerce con la finalidad de obtener beneficios de la cosa.- Sin embargo, aunque el mediador posesorio a través de su posesión se produzca en el uso y disfrute de la cosa con cierta independencia, en el sentido de que su actividad no requiere el concurso constante de la actividad del poseedor mediato, no menos cierto es, que como tal posesión y disfrute lo ha obtenido a través de un derecho derivado y limitado, su conducta con relación a la cosa no lo es del todo plena y para mantenerse en ella en muchos casos, ha de recurrir al poseedor mediato de quien trae causa para que éste lo mantenga en la misma (187). Este dirigirse al poseedor mediato en demanda de su apoyo para continuar en la posesión, uso y disfrute de la cosa, se constituye en el poseedor inmediato mediador como un poder a su favor, por el que puede requerir al poseedor mediato y éste estar obligado a ello, para que le mantenga en el estado posesorio contenido en la relación jurídica de que se trate. Cuál puede ser el fundamento de este poder en el mediador posesorio? Decir que lo es el derecho derivado de la relación jurídica de que se trate, sería prácticamente afirmar una redundancia que no amplía en nada el conocimiento de tal poder. Por eso creemos, que al detalle se puede distinguir dos aspectos fundamentales que pueden dar una mayor claridad en el tema: a) La con

(187) Moreno Mocholi, ob. cit., p. 28, refiriéndose a las relaciones arrendaticias, dice que, a cambio del precio, el arrendador está obligado a entregar la cosa para su uso y disfrute por el arrendatario y - que a éste, "... que no precisa del derecho mismo (el de propiedad), sino de su contenido, le basta con que el arrendador le mantenga en la situación creada..."- De Diego Lora, ob. cit., Vol. 2º. p. 122. afirma que como la posesión inmediata se fundamenta y en cuenta apoyo de su existencia en la del poseedor mediato, éste en virtud de dicha relación se encuentra obligado a mantener al poseedor inmediato en el goce pacífico de dicha posesión.-

dición de derecho derivado y limitado por el que el poseedor inmediato-mediador posee la cosa y por ello en concepto de no-dueño, condiciona, como afirma De Diego Lora, el que la posesión que sustenta se configura de conformidad con los alcances y delimitaciones de aquella titularidad, lo que significa que en el desenvolvimiento de la posesión, pueden surgir situaciones que el mediador posesorio no puede resolver, porque su derecho limitado no le concede facultad para hacerlo (188), circunstancia motivadora para que éste requiera de su causante el auxilio necesario en ese sentido, a fin de continuar poseyendo.- b) Pero, la más inmediata y actual razón que parece informar al mediador posesorio, para poder exigir del poseedor mediató le mantenga en la posesión, proviene de la propia razón de ser de ésta (la posesión) dada por el artículo 432, cuando se dispone en ella, que aquélla lo es, para conservar y disfrutar de la cosa. En efecto, si se piensa que la mayor parte de las veces, las cosas lo están para servir a los hombres, lógico es pensar que cuando una cosa se entrega en mediación, con lo que todo ello supone según se ha visto, lo es también para que el mediador obtenga beneficios al usarla y disfrutarla y entonces, si ese viene a constituirse como el hecho generador de la relación jurídica, cuando existen motivos o causas para que los mismos sufran quebrantos, menoscabos o alguna otra razón que impida el logro de tal cometido, deviene entonces en el mediador posesorio, si el mismo no está a su alcance resolverlo (189), el poder -

(188) Bernal Sánchez, ob. cit. p. 1112 dice que el arrendador no promete proporcionar un derecho real al arrendatario, sino simplemente garantizarle el uso de la cosa.

(189) Beltrán de Heredia de Onís, ob. cit., ps. 376-377, en relación con el arrendatario dice que éste, puede ser perturbado de hecho o de derecho en el goce de la cosa, ya por un tercero ya por el arrendador. Contra las perturbaciones de hecho se defiende con los interdictos. Contra las de derecho provocadas por el arrendador, se de-

exigir del poseedor mediato de quien trae causa, que le elimine tales - obstáculos para continuar en el goce y disfrute pacífico de la cosa. Es entonces, en la propia razón de ser que tiene la relación jurídica de - mediación posesoria dada por el artículo 432 (la de conservar y disfru- tar), en donde ha de encontrarse afincado firmemente el poder del media- dor posesorio para exigir del poseedor mediato, que le mantenga en la po- sesión de la cosa. El poseedor mediato al entregar la cosa en mediación, como la misma debe de serlo según el artículo 432, para conservár y dis- frutar la cosa, asume la obligación de que la cosa en poder del media- dor se mantenga cumpliendo esos mismos fines durante el lapso de tiempo que permanezca en tal situación, debido esencialmente al supuesto de - que, además de que la Ley ya impone ese carácter a la relación en cues- tión, el derecho obtenido por el mediador posesorio lleva en su estruc- tura interna ya de por sí, el que el poseedor mediato esté obligado a - realizar aquella actividad, puesto que por definición el mismo lo es de carácter derivado, limitado y sin el alcance jurídico necesario por el que así mismo se basta, para mantener la cosa sujeta a los fines propues- tos y debido a ello, se instituye en el mediador posesorio el poder de exigir de aquél su patrocinio en ese sentido. De tal manera que el posee- dor mediato al constituir una relación de mediación, hace surgir en sí - mismo y como consecuencia de aquélla, la obligación del mantener en la - posesión al mediador posesorio, sin que se requiera al intento ninguna - declaración expresa. Pero, qué debe entenderse por mantenimiento? Parece que puede sostenerse que lo es, aquella actividad desplegada por el posee- dor mediato para que el mediador posesorio continúe en la posesión de la cosa, después de haberse apoderado de ella y en las mismas condiciones -

(189) (cont. pág. ant.) ...fiendo mediante el principio de que éste, no - puede variar la forma de la cosa.-

en que la inició. Y debe serlo así, porque el inicio de la mediación posesoria, es cuando las partes prestan su consentimiento para que la mediación se instaure en las condiciones que ellas pacten, por lo que las mismas han de prevalecer mientras aquélla permanezca. El mantenimiento en la mediación posesoria se ve así canalizado a través de dos modos de actuación por parte del poseedor mediato: uno de carácter material, tendente a preservar la cosa en sus elementos físicos y teleológicos, para que mantenga en condiciones de prestar el uso y disfrute para el que ha sido destinada; de ellos son buena muestra los artículos 1554-2º; 1779-1789; 1867 todos del Código Civil. Y el otro, de carácter jurídico, por el que debe garantizar al mediador posesorio, la eliminación de toda pretensión jurídica contraria a sus propios intereses (190), que puedan menoscabar o extinguir los poderes que sobre o en la cosa ejerce. Sin embargo, ha de pensarse lógicamente, que la actuación del poseedor mediato al intervenir para mantener al mediador en su posesión, ya sea en un sentido u en otro, lo puede estar realizando, en verdad, en ambos, pues los

(190) Beltrán de Heredia de Onís, Ob. cit., ps. 377 a 379, exponiendo que el saneamiento en el arrendamiento comprende, tanto la evicción como los vicios ocultos, y que el mismo se produce en un supuesto de doble arrendamiento, donde el arrendatario pierde los derechos de usar y disfrutar la cosa porque otro anteriormente los había adquirido, en ese momento, dice, surge la obligación de sanear o de garantizar, en el arrendador, las consecuencias de ambos supuestos, - "...obligación - dice, que - ... es consustancial y consecuencia de la obligación primordial del arrendador de entregar la cosa para que sirva al uso pactado". - Moreno Mocholi, ob. cit., p. 29, discurrendo que el arrendatario no tiene defensa contra la acción de restitución que efectúe el arrendador, a menos que se encuentre vigente la relación jurídica con venida, deja claro que el arrendatario "...no tiene acción contra las perturbaciones jurídicamente fundadas que ocasionare un tercero y ha de acudir al arrendador con objeto de que al defenderse lo defienda".

deteriores que sufra la cosa o las perturbaciones recibidas en el derecho, se pueden influir recíprocamente, de manera que un menoscabo material en la cosa puede representar una disminución en el derecho de goce y a la viceversa, teniendo siempre presente, que no debe necesariamente ocurrir de dicha forma; por ejemplo, en el caso de evicción, que representa uno de perturbación de derecho, aunque con el mismo no se cause de de teriores en la cosa, como supone un desplazamiento de la posesión del actual poseedor inmediato-mediador, al perder dicha posesión pierde su relación con la cosa y, consecuentemente, el uso y disfrute de la misma.

42. INTERDICTOS

El problema que suscita la protección interdictal del mediador - posesorio, está íntimamente ligado a la concepción de lo que deba de en tenderse por posesión. Esa situación se encuentra ya reflejada en el concepto posesorio construido por los romanos, para quienes la misma re presentaba "la tenencia de una cosa -corpus- y la intención de disponer de ella con exclusión de los demás - animus possidendi, animus rem sibi habendi. El efecto saliente de esta posesión es protección interdictal" (191), debido, como se desprende de lo transcrito, a que los romanos - concedían la protección posesoria al que, ejerciendo un poder de hecho sobre una cosa, al mismo tiempo la hiciera con la intención de tenerla como propia, o sea el animus domini (192); excluyendo en consecuen

[191] Tellez, Juan. Derecho romano. 6ª edic. Ediciones Ariel, Barcelona 1972, p. 111.

[192] Como es conocida la excepción que los romanos hicieron a dicha - regla, concediendo la protección interdictal al precarista, acrec - cionario, usufructuario y al usufructuario, no obstante no ser poseedores con animus possidendi o con animus habendi.- Iglesias, ob. cit., ps. 315 y 316, analiza las causas e implicaciones de tales "posesiones"

cia, a todos aquellos sujetos que estando en relación con la cosa a manera de posesión, lo estuvieran haciendo en nombre del dueño. Tanto en Francia como en Italia, según se expuso anteriormente, ha prevalecido a lo largo de los sucesivos ordenamientos, esa misma doctrina del *animus domini* en la concepción y regulación de la institución de la posesión. En el ordenamiento jurídico español, la posesión es vista como la tenencia de una cosa (Art. 430), sin que en la misma se mezcle la particular intención atributiva del sujeto en dirección al objeto, lo que indica que lo que cuenta en orden a su existencia, no es el que la cosa se tenga con el *animus* subjetivo de tratarla como propia, sino el poder de hecho que se despliegue sobre ella. A lo dicho no se contrapone el que el mencionado artículo de seguido defina la posesión civil como la intención de hacer como suyos la cosa o el derecho poseídos, precisamente porque ésta (la posesión civil), es una clase o variante de lo que ya de por sí constituye la posesión y prueba de ello es que el propio artículo al definirla (después de hacerlo con la natural y expresar que es la tenencia de cosa o disfrute de un derecho), dice que lo es "esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos". Lo único que podría ser fuente de confusión es el de señalar el poder en que consiste la posesión, con el vocablo "tenencia", pues a ésta se le ha usado precisamente como expresiva de una no-posesión; sin embargo, ese no es el sentido en que se encuentra usado el mencionado concepto en la norma dicha y de esa manera nos lo afirma Hernández Gil diciéndonos: "Prescindiendo de los diversos problemas que suscita la mención de la tenencia y de las motivaciones históricas a que puede responder, pensando sólo en una interpretación integradora del Código Civil (conjunto normativo predominantemente de derecho material y posterior) y de la Ley de Enjuiciamiento civil (conjunto normativo predominantemente procesal y anterior), entendemos que la legitimación interdictal no se extiende más allá de lo que haya de enten-

derse por posesión con arreglo a los artículos 430 del Código civil. No hay, además, de la posesión natural, una escala inferior a la posesión constituida por la tenencia. La posesión que sólo es tenencia es precisamente la posesión natural. Cualquier otro significado que pudiera corresponderle a la tenencia quedaría eliminado por la fuerza derogativa y el rasgo de Derecho sustantivo que son inherentes al Código civil." - (193). Ahora bien, determinado como está, de que el Código civil asimila como posesión aun la simple tenencia desprovista de toda intencionalidad dominical, ha de reafirmarse como ya se había concluido, de que el mediador posesorio es un verdadero poseedor, pues el poder que ejerce sobre la cosa y que es capaz de producirle el poder de conservarla y disfrutarla en su propio beneficio, ha de identificarse forzosamente con el poder en que consiste la posesión. Y siéndolo así, al tenor del artículo 446 del Código Civil, se deduce que está legitimado para el uso de los interdictos (194), en contra de los terceros que lo perturben o lo despojen de su posesión. En ello se encuentra de acuerdo la doctrina española en su generalidad y que afirma entre otras cosas que, "en función de la legitimación activa, el concepto todo poseedor del Art. 446 del Código civil, conjugados con los de posesión o tenencia del Art. 1691 de la Ley Procesal, amparan a un enjambre de poseedores de buena fe y de mala fe, determinando que para la tutela interdictal sólo importe, como señala Prieto Castro, el corpus y por ende que se hallen legitimados el

(193) Dictámenes, I, ob. cit. ps. 89-90.

(194) Ihering, El Fund. Prot. Posesoria, ob. cit. ps. 12 a 14, dice que - la protección posesoria simplemente es una consecuencia del estado de hecho de la posesión y de la violencia ejercida en contra de ésta, por lo que entonces el lesionado debe ser protegido y si ambos lo son, los dos deben protegerse"...ahora bien; el que tiene la cosa es quien debe serlo en todos los casos, puesto que es el primero y más directamente molestado por la violencia".

simple ocupante o tenedor actual, el arrendatario (...), el comodatario, el prendario, el depositario, el anticresista, el usufructuario, el usuario y en general, todo el que tenga o detenta una cosa" (195).

5º. USUCAPION

Conforme con lo que disponen los artículos 1940 y 1959 del C.c. solamente el dominio y los derechos reales son los únicos prescriptibles o adquiribles por usucapión. Al poseedor mediano en concepto de dueño de la cosa le corresponde tanto la prescripción del dominio como el de los derechos reales. Al mediador posesorio pareciera, que como tiene la cosa en concepto de no-dueño, solamente podría prescribir los derechos reales al darse la posibilidad, de que poseyéndolos, lo hace perteneciéndole como propios. Y, en efecto, así ocurriría con el usufructo, por ejemplo, en el que si bien no se tiene la cosa como dueño, pues pertenece a otro, el derecho que el usufructuario tiene lo es como suyo con posesión civil (art. 430) y en tal sentido con el transcurso del tiempo podría usucapirlo aparentemente. No obstante estimamos que ello no sucede así por lo siguiente: el art. 1941 del C.c. exige para la usucapión que la posesión que se tenga (y debe entenderse que sea en la cosa o en un derecho), ha de ser en concepto de dueño. El que se tenga la posesión en concepto de dueño, aunque no aparezca claramente definido en el C.c. entendemos que significa básicamente, aquella posesión tendiente a adquirir la propiedad sobre la cosa o el derecho, precisamente porque se carece de ella, ejerciendo dicho poder sobre la cosa o el derecho como si realmente le perteneciere: "El art. 430, que define la posesión civil en función de la natural..., no indica directamente la relación entre la posesión civil y posesión en concepto de dueño. En el resto del articulado

(195) Alvarez Abundancia, Ricardo, Acotaciones sobre los Interdictos de Retener y Recobrar la Posesión. Rev. Der. Priv. Nov. 1959, ps. 970-971.- De los Mozos, Ob. cit., ps. 187-188; Prieto Castro, Der. Proc. Civ. Ob. cit. Vol. III, ps. 99-100; Gómez Urbaneja, Ob. cit., p. 36; Vallet de Goytisolo, Ob. cit. ps. 585 a 590; De Diego Lora, ob. cit., Vol. II, p. 122; Espín, Manual, Ob. cit., p. 42.

resto del articulado del Código tampoco se utiliza de nuevo la expresión posesión civil. Pese a ello, nuestra doctrina entiende generalmente (y está en lo cierto a la vista de los antecedentes expuestos) que ambas categorías posesorias son equiparables... Parece fuera de dudas que la posesión civil está proyectada hacia la usucapión. Es la que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño". (196). De esa manera, tanto el adquirir la propiedad como el tener la cosa como propia, en el vocablo "en — concepto de dueño", van unidas indisolublemente. Y ello es así, porque — no podría admitirse que poseyendo una cosa para otro, al mismo tiempo se tuviera la intención o el animus de adquirirla en propiedad. Ahora bien, el tener un derecho como propio, no significa que el mismo se esté poseyendo en concepto de dueño, sino que el mismo se ha adquirido con dicha titularidad, faltando desde luego la connotación de atribución de la — propiedad del mismo, porque para ello se puede carecer de la propiedad de la cosa. Así sucede que el derecho de arrendamiento en el arrendatario, que si bien lo tiene como suyo con posesión civil, no lo hace como dueño porque la cosa pertenece a otro. Podría objetarse en el ejemplo — anterior, de que el arrendatario no prescribe, porque como derecho personal que es el arrendamiento, la ley se lo impide (Arts. 1950, 1940 y — 1941). Más, lo que se quiere resaltar es que el "concepto de dueño" que se requiere para la usucapión, es el que tiende al dominio a la propiedad, lo que no puede lograr el arrendatario por la índole de su derecho. Este derecho no se basado en la índole del derecho que adquiere y tiene — un título posesorio, por el que se ve imposibilitado a usucapir el mismo, como sucede del derecho real de usufructo, que como tal es posesión por concepción. Y en qué consiste la índole del derecho del arrendatario que le impide usucapir? Sencillamente en el origen — derivado, que ha sido adquirido de forma derivada, heredada y en con—

cepto de no-dueño, lo que impone que su posesión sea temporal y que debido a ello deba retornar la cosa a su propietario (197), lo que le imposibilita para llegar a la usucapión.

6º. FRUTOS

Como se indicó en su oportunidad, la apropiación de los frutos está dada al poseedor, dentro de los límites en que se encuentra marcado su derecho. El mediador posesorio por ser poseedor también, se encuentra regido por este principio y de esa manera se nos afirma que "Tratándose de poseedor en concepto distinto del de dueño de la cosa, los límites de su derecho a los frutos vienen determinados por el contenido del derecho en cuyo concepto posee" (198). De esa manera podría decirse que mientras el usufructuario tiene derecho apereibir los frutos naturales, industriales y civiles que la cosa produzca (Art. 471), el comodatario (Art. 1741) y el depositario (1770) se ven privados del goce de ellos. No obstante, aunque tales situaciones jurídicas pueden variar merced a lo que libre y voluntariamente puedan pactar las partes, la norma contenida en el artículo 451 de que "el poseedor de buena fe hace suyos los frutos", da ya una pauta de referencia para decidir en los supuestos no expresamente regulados. Pareciera que el sentido contenido en dicha norma, presupuesta claro está la buena fe, es el de favorecer con los frutos al poseedor que

(197) Ruggiero, Ob. cit. ps. 654-655, textualmente dice: "No es suficiente, pues, la simple detentación o posesión natural en la que falta el ánimo de tener la cosa como propia. De esto se deduce que no pueden prescribir en su faor los simples detentadores o poseedores precarios, es decir, los que poseen en nombre ajeno, como son el arrendatario, el depositario y el usufructuario; poseen éstos la cosa en virtud de un título que les obliga a restituirla a aquél de quien la recibieron; poseen por cuenta de este último y se halla excluida la posibilidad de un animus domini... Es, pues, la

inmediata y actualmente tenga la cosa bajo su dominación. Y sería lógico pensar que así fuera, pues la obtención de los frutos devendría en este caso, como una consecuencia del poder de señorío que estuviese ejerciendo sobre el objeto, máxime, si se piensa, que de las tres categorías de frutos definidos por la ley, los naturales y los industriales, a menos - que se excluyan expresamente en favor del poseedor mediato, se desarrollan bajo la égida directa y actual del mediador posesorio, quien por tener la cosa bajo su directo e inmediato poder, tiene acceso directo a - ellos. Lo anterior, sin que pueda estar en contra de lo dicho, respecto - a que la pertenencia de los frutos está acorde con el título y derecho - por el que se posee. Así, tomando en consideración lo anterior, se nos - dice que en principio los frutos pertenecen al poseedor en concepto de - dueño; al propietario que los haga suyos por desconocer la existencia de un poseedor; al poseedor como titular de un derecho real limitado de goce, y probablemente también al poseedor titular de un derecho personal de goce; diciéndonos por último que "El artículo 451 cubre también la adquisición de los frutos del poseedor que lo sea sólo mediato (siempre que el mediador posesorio no haga suyos todos los frutos)" (199). Además del artículo 451 como fundamento de la percepción de frutos por el me-
diador posesorio, según lo afirmado, es posible encontrarle apoyo tam-
bién en el artículo 432 por el que se autoriza a disfrutar la cosa por

(192) (cont. pág. ant.) ...condición precaria de naturaleza perpétua; du-
ra en tanto subsiste la obligación de restituir.

(198) Delgado Echeverría, ob. cit., p. 520.

(199) Delgado Echeverría, ob. cit. ps. 573-574; García Cantero, ob. cit.
ps. 193-194, parece ser que sustenta el mismo criterio, avalando
la tesis de que, siendo la posesión temporal (la del mediador) -
una posesión, justifica la posibilidad de la percepción de frutos.
De los Mozos, ob. cit. ps. 215 a 221, dice que el arrendatario ha
de suyos los frutos de la cosa arrendada.-

éste. El disfrute que autoriza dicha norma no sólo lo es del uso de la cosa, sino que también de la percepción de los frutos, que en muchos casos se obtienen como una consecuencia directa o efecto del uso que se le de a la cosa, pues si bien el uso puede estar separado del disfrute, pareciera que éste implica aquél. Sin embargo, el artículo que brinda un verdadero fundamento a la percepción de frutos por el mediador posesorio lo es el 452, cuando en lo que interesa disponer: "Si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales e industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción, y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión..."; ello quiere decir, no sólo, que el mediador por tener derecho al pago de los gastos invertidos en la producción de los frutos le corresponden normalmente los mismos (lo que se reafirma por la misma norma al decir que también le pertenece "el producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión"), sino que los frutos que le pertenecen son los naturales e industriales, como una consecuencia lógica natural, de la índole de posesión y forma de desenvolverse de la mediación posesoria.-

7º. GASTOS

Los gastos que la mediación posesoria produzca, puede en determinada circunstancia constituirse en un poder a favor del mediador-posesoria para exigir del poseedor mediato, cubra de su peculio los mismos. Este poder, como se ha venido sosteniendo, emanada directamente de la razón de ser de la mediación posesoria, que, como reiteradamente se ha visto, impone al poseedor mediato la obligación de mantener al mediador posesorio en el goce y disfrute de la posesión, lo que genera en su contra

el tener que asumir la carga de dichos gastos. Es exclusivamente en esa obligación de mantenimiento de donde parte el poder del mediador posesorio, para exigir al mediato poseedor cubra los mencionados gastos. Cualquier otro gasto provocado por razones ajenas a dicha obligación, en principio pareciera estar fuera del ámbito obligacional del poseedor mediato. La relación de los artículos 453 y 457, en los aspectos que primero disponen, dan un fuerte fundamento a lo que se viene exponiendo - (200), en el sentido de que, si debiéndose abonar los gastos necesarios (que son aquellos que tienen que ver con el mantenimiento de la cosa para que sirva al uso que está destinada) al mediador posesorio, que a su vez no responde por el deterioro o pérdida de la cosa no achacable a dolo de su parte, es porque los mismos han de ser asumidos por el poseedor mediato. Y no se diga, que el no responder de los deterioros causados en la cosa por el uso de la misma, deviene de la buena fe del mediador posesorio, porque si el artículo 455 dispone, que aunque el poseedor de mala fe debe abonar todos los frutos al poseedor mediato, es lo cierto que a la vez tiene derecho a que se le paguen los gastos necesarios en la conservación de la cosa; y eso indica ni más ni menos, que ese poder de exigir se le cubran al mediador posesorio, incluso al de mala fe, los gastos de conservación de la cosa, es porque constituye el reverso en el poseedor mediato, de la obligación de realizar tales gastos a fin de mantener la cosa en condiciones óptimas para que el mediador posesorio la pueda poseer. A su vez, como lo dispone el artículo - 457, el mediador posesorio debe de correr con los gastos ocasionados -

(200) Como se dijo, existen autores (Albaladejo y otros) que mantienen el criterio de que como el poseedor inmediato es el que se beneficia y aprovecha de la cosa, es él el que debe cargar con los gastos de mantenimiento.

por haber procedido con dolo. Incluso, pareciera equitativo, que también asumiera los gastos provenientes de culpa o negligencia, pues recuérdese que el mediador posesorio se encuentra obligado a conservar la cosa en su forma y sustancia, por lo que un menoscabo sufrido en la cosa atribuible a él, aunque sea por vía no establecida expresamente por la ley, debe de quedar repararla por cuenta y responsabilidad de éste, máxime si se toma en cuenta que la culpa y la negligencia representan categorías anímicas inferiores al dolo, por lo que tácitamente habría que encontrar las contenidas en dicho concepto. Han de correr a cargo del mediador posesorio, los gastos ocasionados en la producción de los frutos que él aproveche, según parece desprenderse del artículo 452, en vista de que si bien no aprovecha los frutos por su mala fe, es lo cierto que en la producción de los mismos, él ha tenido que efectuar gastos, que evidentemente la ley ha excluido que los cubra de mala fe, no sólo por no hacer más gravosa la situación del productor de los mismos, sino porque si no se le compensaran, habría un claro desequilibrio distributivo en beneficio del poseedor mediato, quien únicamente tiene derecho a los frutos y no a los factores económicos que intervinieron en su producción.-

8º. PRESUNCIONES LEGALES

Al igual que el poseedor mediato el mediador posesorio se beneficia con la presunción de buena fe (Arts. 433-434) en lo referente al aprovechamiento de frutos. Por el Artículo 449, se presume a su favor, que los bienes muebles contenidos en la finca también los posee. Se beneficia también a los efectos de la percepción de frutos, por medio del artículo 459 y también del 466, cuando se dispone que ha disfrutado de la cosa sin interrupción, después de que la ha recuperado de una disposición indebida.-

CAPITULO CUARTO

I. RELACIONES ENTRE EL POSEEDOR MEDIATO Y EL MEDIADOR POSESORIO E INTERPOSICIONES DE INTERDICTOS DE UNO FRENTE A OTRO

Sumario: 1.- Posibilidad de relaciones entre ambos Poseedores. 2.- Relaciones de ambos poseedores entre sí. 3.- Interdictos del Poseedor Mediató. 4.- Interdictos del Mediador Poesorio.

1. POSIBILIDAD DE RELACIONES ENTRE AMBOS POSEEDORES

El plantear el problema de las relaciones jurídicas entre el poseedor mediató y el mediador posesorio, supone en primer lugar, el determinar con cierta probabilidad el grado de posibilidad con las mismas puedan acontecer y en segundo lugar, el designar y delimitar estructuralmente los elementos que intervengan para que las relaciones se implantan efectivamente.- A) Respecto al primer aspecto, que vendría a constituirse como la plataforma sobre la que se asientan los pilares de la futura interconexión posesoria (1), ha de partirse de la problemática que ofrece la índole propia o razón de ser de la mediación posesoria, como aquella institución que nace a la vida jurídica fundamentalmente, mediante el ejercicio temporal de la posesión sobre una cosa por un sujeto a quien no le pertenece y que en razón de ello debe de devolverla a su dueño; lo que condiciona que, manteniéndose este último ligado a la cosa, aunque -

(1) Martín Pérez, Ob. cit., p. 58, dice que según así lo expresa Barassi la concurrencia de posesiones es problema posesorio que todo sistema debe de enfrentar como una verdadera "prueba de fuego".

la misma no se encuentra en su poder (pues precisamente por esa razón la ha de volver a recibir), debe de corresponder su actividad posesoria con la de aquél que provisionalmente la tiene y si a ello sumamos, que tal - detentación lo es a merced de un derecho derivado del dueño, tendremos - entonces puntos de coincidencia y probabilidad en una posible y posterior relación entre ambos sujetos. En el sistema consagrado por el ordenamiento jurídico español, estimamos según se expuso en su oportunidad, es en el artículo 432 del Código civil en donde se recoge la posibilidad de - una recíproca relación entre poseedor mediato y mediador posesorio, pues de su contexto se desprende el de que a través de la entrega que un sujeto hace a otro de la cosa, es factible que sobre la misma recaigan los - respectivos derechos que ambos tengan y siendo uno (el del mediador posesorio) derivado del otro (el del dueño), ambos se presentan en condicio- de coexistir sobre la misma base fáctica que les ofrece la cosa. Ahora - bien, si los derechos de ambos poseedores recaen sobre la misma cosa, habría que preguntarse, si es a través de ésta o de los derechos en sí que cada uno sustenta, por donde poseedor mediato y mediador posesorio van a mantener su relación? Aparte de la consideración propia que puede efec- tuarse por vía del artículo 430, por el que se puede poseer tanto la co- sa como el derecho, es evidente y así lo reconocen gran parte de los au- tores, que la base sobre la que tienen existencia y vigencia los derechos es la misma cosa, lo que trae como consecuencia a nuestro juicio, que la misma cosa, lo que trae como consecuencia a nuestro juicio, que la misma (la cosa) no ofrezca el aspecto diverso sobre el cual puedan suscitarse recíprocas y diferentes correspondencias entre los poseedores, debido a que siendo el mismo objeto para ambos, la única finalidad que la misma - desempeña es la de servir como basamento de la incidencia de los derechos de ambos poseedores (2). Es entonces en el derecho que cada uno posee -

donde va a plantearse la posibilidad de relación entre los sujetos artifices de la relación de mediación posesoria, precisamente porque dichos derechos por constituir facultades distintas en relación con la cosa, facilitan el que las actividades de los sujetos posesorios puedan interrelacionarse y delimitarse en su actuación. Así nos lo señala el propio artículo 432 cuando dice que la posesión puede tenerse como dueño o como tenedor, lo que significa claramente que el derecho de dueño o como tenedor, lo que significa claramente que el derecho de dueño y el del tenedor son de contenido distinto y de esa forma se nos dice también que, "... dentro del ámbito de las relaciones patrimoniales, el "objeto" de la posesión es un "bien"; el "contenido" es el goce que de hecho se saca de ella. Ocurre así, y ocurre frecuentemente, que un mismo bien puede, no sólo ser objeto simultáneamente de varias relaciones concurrentes (propiedad, usufructo, servidumbre, crédito, etc.), sino que correspondientemente puede ser también objeto de varias y diversas, y simultáneas, posesiones. Esas diversas posesiones se distinguen entonces no en razón del objeto (no porque una persona posea el fundo, la casa, el bien y la otra - el usufructo, la servidumbre, etc), sino por la diversidad del contenido porque uno afirma sobre la cosa un poder correspondiente al derecho de propiedad y el otro un poder correspondiente al derecho de usufructo o -

-
- (2) Domínguez de Molina, Joaquín. Protección Posesoria del Derecho Arrendaticio, Rev. Gral. Leg. y Jurisp. Ene-Jun. 1947, p. 194, dice: "La cosa no es más que el término objetivo de ambos derechos arrendaticio y de propiedad, ninguno de los cuales podría subsistir ni concebirse sin ella, que presta su concurso esencial a uno y otro en la forma que sus respectivas naturalezas y situación exigen, atribuyendo al arrendatario la detentación material que les es necesaria y al propietario, un señorío esperitualizado que le basta y que directamente ejerce".-

de una servidumbre, etc." (3). De la manera antes expuesta es factible señalar entonces que dentro de la institución de la mediación posesoria y del ordenamiento jurídico español, existe la posibilidad de establecer y delimitar unas determinadas relaciones entre los sujetos que formen parte de ella, debido a la concurrencia que se opera sobre la cosa, objeto de la posesión, de los distintos derechos de ambos y que se manifiestan por el artículo 432, que señala que un sujeto no obstante no poseer la cosa materialmente, puede ser catalogado como poseedor en concepto de dueño, merced al hecho de poseer aquélla a través de otro sujeto que la tenga para él, pues " A este poseedor en concepto distintos de dueño, le llama el artículo 432 tenedor de la cosa o derecho. Pero aunque deba de ser considerado como poseedor, según otros preceptos, resulta evidente la posibilidad de que ambas posesiones previstas en este precepto, concurren, puesto que sus respectivos títulos son perfectamente compatibles. Incluso hay que estimar que los dos poseedores enunciados en el Art. 432 deberán de concurrir en la normalidad de los supuestos, ya que si un poseedor no lo es a título de dueño, será porque reconoce la existencia de un poseedor a título dominical. Esta concurrencia posesoria en nuestro código, que parece a primera vista contradictoria con la definición inicial de la posesión como tenencia de la cosa o disfrute de un derecho (Art. 430), resulta confirmada por aquellos casos en que el propietario se desprende de la posesión material de la cosa, como acontece en el arrendamiento, en que no obstante privarse el arrendador de la material tenencia de la cosa arrendada, como quiera que el arrendatario, por su propio título posesorio, reconocer no poseer como dueño, está siendo po-

(3) Barbero, ob. cit., ps. 383-384.

sible sin la menor contradicción, la conservación por el arrendador de una posesión sin tenencia de la cosa, pero en cambio a título dominical. Se complementan así ambos aspectos posesorios material e intencional, - pues si el arrendatario tiene la cosa, si es tenedor de la misma, lo es para disfrutarla, pero reconociendo el dominio en el arrendador; éste a su vez, si bien se ve privado materialmente de la cosa, conserva respecto a ésta la intención de tenerla como suya, en concepto de dueño, por - mediación del arrendatario". (4).- §) Si se ha señalado el artículo 432 como la norma jurídica a través de la cual es posible la existencia de - relaciones entre el poseedor mediano y el mediador posesorio, por medio de la concurrencia sobre la cosa de sus respectivos derechos, es indudable que en dicha disposición se han de encontrar, no sólo los elementos estructurales que permitan esas relaciones, sino que también el marco de acción del derecho correspondiente a cada uno de los poseedores. Por esa razón y para tenerlo presente, es conveniente que nuevamente se transcriba dicha norma literalmente: "La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos y disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona". De contexto de la disposición anterior, estimamos posible, puedan extraerse perfectamente los siguientes elementos: a) tipo de derecho que cada poseedor tiene; b) comunicación de ambas posesio-

(4) Espín, La Adquisición de la Posesión Inmaterial..., ob. cit., p. 18. García Valdecadas, Ob. cit., ps. 32-33 por su parte dice: "...sobre un mismo objeto pueden concurrir posesiones de distinto grado..., determinándose el grado de cada posesión por el grado del derecho que ella exterioriza; la posesión de grado más alto es la que se tiene - en concepto de dueño".

nes y c) ámbito de acción de cada uno de los derechos nombrados.

a) TIPO DE DERECHO QUE CADA POSEEDOR TIENE

El artículo 432, tantas veces mencionado, dice que la posesión se puede tener en concepto de dueño o en el de tenedor de la misma. Hasta aquí la norma en comentario esboza una clasificación pura y simple, como lo han señalado algunos autores (Hernández Gil), por la que se dispone el modo o forma posible, de poder poseer una cosa o un derecho. No parece entonces admisible que en tales conceptos pueda existir vínculo de comunicación o interconexión entre ambas formas de poseer; si se tiene la posesión en concepto de dueño, es porque lógicamente no se la tiene en concepto de tenedor y a la inversa. Ello, sin embargo, hace saltar una cuestión de inmediato; si bien se comprende que una posesión en concepto de dueño puede adquirirse sin la necesidad de la concurrencia de un sujeto precedente (adquisición originaria), o aún recibéndola de otro (adquisición derivativa), puede mantenerse vigente la misma independientemente de la causa adquisitiva, precisamente porque la posesión en tal concepto se basta así misma y más bien por razones sustantivas, excluye todo vínculo de dependencia, puede ocurrir lo mismo con una posesión en concepto de tenencia, que precisamente tiene como razón de ser el excluir todo grado de pertenencia de la cosa y en consecuencia de otro, porque la posesión solamente puede tenerse o como dueño o tenedor de la cosa? Si una cosa que se posee como no perteneciente, es porque la misma le pertenece a otro, aunque ese otro se desconozca quien sea (5). No parece posible concebir entonces, aunque teóricamente pueda

(5) Wolff, ob. cit. p. 56, nota nº 2, dice que para los efectos de la mediación, no importa que el mediador posesorio conozca para quien realiza dicha mediación.

formularse, que un sujeto posea una cosa en concepto de tenedor por el que pueda usarla, conservarla y disfrutarla, sin que previamente haya derivado la posesión de un poseedor precedente. Pero, aparte de este problema, que se abordará en el punto siguiente, lo que hay que destacar en esta primera parte de la norma dicha es, que tanto la posesión en concepto de dueño como la de tenedor, se encuentran informadas o de lineadas por derechos específicos en cada caso, que las diferencias en tre sí con características y rasgos propios, que marcan un ámbito de acción determinado y que, en cierto sentido, la una es la negación de la otra por diferir sustancialmente la intencionalidad con que cada uno tiene la cosa. Pero esta contradicción, como se verá, no es obstáculo para la realización de la concurrencia de derechos en la cosa, pues más bien es la que facilita en última instancia, la posibilidad de relación de ambas posesiones. El derecho que el poseedor en concepto de dueño de la cosa tiene o pretende tener, es el pleno del dominio o de la propiedad sobre la cosa, por el que, como lo dispone el artículo - 348, el poseedor, respecto a la pertenencia de la cosa, pretende absoluta exclusividad sobre la misma. Mientras que el esgrimido por el tenedor, además de contenerse en sí mismo una total exclusión de pretender el dominio de la cosa, se manifiesta únicamente por abarcar un campo limitado de aquél, que lo sitúa en un grado inferior y dependiente, en relación con el anterior. De esa manera, mientras el derecho en concepto de dueño contiene en sí mismo todos los poderes que sobre la cosa se pueden tener, con excepción de los que la ley le limite, el derecho en concepto de tenedor apenas tendrá a su haber un campo reducido de aquellos poderes, limitados ya por la ley, ya por la voluntad de las partes. De esa manera podría considerarse en cierta forma, que el derecho que comprende la tenencia, ya de por sí se encuentra contenido en

el derecho que en concepto de dueño se tenga y que su existencia se debe exclusivamente a un desgajamiento de los poderes (de algunos) existentes en el derecho en concepto de dueño. Ahora bien, aplicándose estos conceptos a la mediación posesoria, entendemos entonces que el derecho por el que el mediador posesorio va a tener la posesión de la cosa, lo es a resultas de una derivación o desmembramiento de uno o varios poderes comprendidos en el derecho del poseedor mediato, que en principio lo será en concepto de dueño y, posteriormente, del poseedor mediato-mediador que la tenga según el derecho por el que la haya adquirido. Esta circunstancia implica, que la formación de la mediación posesoria suponga, una limitación de las facultades o poderes posesorios que el poseedor mediato (de la índole que éste sea) ejerce sobre la cosa, en la medida en que éstos son traspasados al mediador posesorio a través del tipo de derecho que éste adquiera, mediante la relación jurídica de que se trate. Ello entonces demuestra que en la medida en que el poseedor mediato ha de abstenerse en su actuación sobre la cosa, es en esa misma extensión en que el mediador posesorio tiene marcado el campo de su actuación jurídica en la cosa. De ahí entonces que, aunque inicialmente ambas posesiones (la de en concepto de dueño y la de tenedor) aparecieran como antagónicas por sustentar intencionalidades en relación a la cosa diametralmente opuestas, en la relación de mediación posesoria más bien se conjugan por el contenido diverso en que se manifiestan los derechos en que cada una de ellas consiste: "Únicamente cabe hablar con precisión de posesiones concurrentes cuando la situación de cada uno de los poseedores no es incompatible, sino por el contrario no pueden explicarse más que de un modo compatible, ya que uno de los poseedores reconoce la superioridad de la situación posesoria del otro y posee en cuanto es compati-

ble su posesión con la otra. Podemos hablar de una posesión dominical y de una posesión subordinada. La situación típica es p. ej. la que se da en el arrendamiento, pues mientras que el arrendador sigue siendo poseedor de la cosa a título de dueño, el arrendatario, que recibe la cosa de manos del primero, confiesa no ser poseedor dominical, sino subordinado a aquél. En esta situación de concurrencia es cuando resalta plenamente la posibilidad de una posesión corporal, material e inmediata, de carácter subordinado, frente a otra posesión incorporal espiritualizada o mediata, de carácter independiente o autónomo" (6). Sin embargo, el derecho en que consiste la tenencia de la cosa, o sea la posesión del mediador, es a su vez también limitado, como fácilmente se comprenderá, pues no obstante detentar materialmente la cosa, el campo de su actuación jurídica lo es de índole reducido por las facultades reducidas que se contienen en el derecho derivado de su causante, y por eso no sólo "En la noción misma de la tenencia para otro, - por consiguiente, está interta la idea de limitación ", sino que la propia "tenencia para conservar y disfrutar del art. 432 C.c. no agota conceptualmente, por lo tanto, toda la dimensión posesoria sobre la cosa" (7). Siendo así que evidentemente el derecho del poseedor en concepto de dueño es superior al que sustenta el poseedor en concepto de tenedor, el primero se limita en sus facultades y entrega parte de las mismas al tenedor, por el que éste adquiere como derecho el contenido de la limitación que ha sido objeto en el derecho del primero, lo que supone entonces que, al actuar sobre la cosa el poseedor mediato a través de las facultades que se ha reservado, mantiene completa -

(6) Espín, ob. cit., ps. 29-30.

(7) Martín Pérez, ob. cit., p. 65.

coincidencia con las facultades contenidas en el derecho del mediador posesorio, constituyéndose así una interrelación de ambos derechos — que forman en suma, como dice Martín Pérez, la total dimensión posesoria sobre la cosa.

b) COMUNICACION DE AMBAS POSESIONES

Si en principio se ha visto que, posesión en concepto de dueño y posesión en concepto de tenedor, en razón del ámbito distinto en que se mueven los respectivos derechos, son diferentes, parece ser que para lograr que la posesión de la cosa, conforme al haz de facultades de cada derecho que incide sobre la misma, entre en una decidida relación respecto a los derechos que recaen sobre ella, es necesario que entre ambos poderes posesorios se de un punto de enlace que les una en sus diferentes actuaciones posesorias sobre la cosa. La institución de la mediación posesoria ofrece, según parece, la posibilidad de existencia de ese vínculo, a través de la consideración, de que el derecho que sustenta el mediador posesorio lo es de carácter derivado de otro de superior jerarquía y por allí parece posible la correspondencia de los derechos que van a incidir sobre la cosa. El problema que más bien presenta tal interconexión, se encuentra según parece, no tanto del conducto institucional o teórico, por el que se pueda efectuar, sino de la fundamentación positivo-legal que a la misma pueda dársele. No obstante, como se ha apuntado supra páginas 84 y 86 en donde se analizó más detenidamente, algunos autores, entre ellos Hernández Gil (8) y Martín Pérez (9) consideran que el artículo 432 no reúne los requisitos —

(8) La Función Social..., ob. cit., p. 117

(9) La Posesión, ob. cit., p. 60.

jurídicos para que en él se pueda encontrar la completa concurrencia - de posesiones entre poseedor mediato y mediador posesorio, porque del mismo no puede extraerse otra interpretación que la de una simple cl-ficiación, por la que se indica los modos en que puede tenerse la pose- sión de una cosa. Sin embargo, parece ser, que el último inciso de la norma citada que dice "perteneciendo el dominio a otra persona", puede constituirse en el punto de unión que logre conjugar en última instan- cia, la posibilidad del intercambio de relaciones entre los poseedores antes definidos por la norma que se comenta. Si se parte pura y simple- mente como lo dispone el artículo 432, de que la posesión se puede te- ner como dueño o como tenedor, es claro que únicamente se ha logrado - saber las dos formas en que se puede tener una cosa o un derecho. Te- nerla como "dueño" conforme lo dispone el artículo 348, supone no sólo figurar formalmente como un sujeto con plenos poderes sobre la cosa, a la manra podría decirse de un ente estático, sino que dicha figura nos habla de que además tiene a su haber un contenido material, un conjun- to de poderes jurídicos o derechos que abarcan toda actividad sustan- cial que pueda realizarse sobre una cosa, como lo serían la transforma- ción, enajenación, defensa, exclusión, posesión, restitución, etc., con las limitaciones que la ley señala. Tenerla como "tenedor", conforme - lo dispone el artículo 430 del Código Civil, supone únicamente, desple- gar sobre la cosa un poder, un señorío, por medio del cual la cosa se somete al dominio de la voluntad del sujeto, con lo cual quiere decir- se, que dicha cosa se encuentra adscrita nada más que a la esfera de - acción de la voluntad de ese sujeto: es un poder de dominación de la - cosa en sí, con la pretensión a la vez, de excluir, por la propia iner- cia de dicho poder, cualquier otro poder que sujeto alguno pudiera - ejercer sobre la misma. Más concretamente, la tenencia se constituye -

en un puro poder formal, tal y como fue concebido por Ihering, vacío de todo contenido material atributivo para el sujeto, en el sentido que - del mismo pueda derivar un beneficio o aprovechamiento económico, como una consecuencia necesaria e inmediata del mencionado poder de dominación. Ahora bien, resulta que el Art. 432 en comentario, no le da al - concepto de "tenedor" esa connotación puramente formal, sino, que el - "tenedor" específicamente definido en dicha norma, lo es con los atributos de "conservar" o "disfrutar" la cosa, conceptos éstos que ya encierran en sí un contenido material determinado en la figura de dicho "tenedor" y que, como consecuencia, lo sustrae del puro conceptualismo formal antes definido y lo eleva a un nivel de aprovechamiento interesado de la cosa. Pero ya se señaló que el aprovechamiento disfrute de una cosa tiene mayores atributos (enajenación, transformación, restitución, etc.), por lo que se debe comprender entonces, que el "conservar" o "disfrutar" señalados para el "tenedor" del Art. 432, son una parte reducida del poder total que se puede tener sobre una cosa. Por otra parte, también los mencionados conceptos (conservar o disfrutar), podría decirse que son el contenido material o vital que encierra el concepto del "tenedor" definido en el artículo 430, lo que nos lleva al planteamiento de que la índole de tales atributos, son el de constituirse en los derechos que el "tenedor" ejerce por disposición del art. 432. Ahora bien, esos derechos de conservar o disfrutar la cosa, solamente pueden venirle al "tenedor" por dos conductos: el primero, por el transcurso del tiempo, al iniciar una posesión en concepto de dueño originaria, pues si lo hiciera derivativamente, no tendría en principio el carácter de tenedor, sino de dueño o propietario. En este caso, la adquisición de tales derechos, vienen conjuntamente en unión de otros poderes, como solamente una posesión o "tenencia" en concepto de dueño puede de-

parar, por lo que hay que concluir que este tipo de tenencia, no puede ser la definida en el art. 432, pues a ésta únicamente se le atribuyen los poderes de conservar o disfrutar. Por otro lado, sería del todo inadmisibile, que habiéndose iniciado una "tenencia" en concepto de dueño, se pretende tener o ejercer con la misma, únicamente los derechos o poderes de conservar o disfrutar la cosa, porque dicha actuación contendría en su seno una verdadera contradicción, debido a que, como ya se dijo, la conservación o el disfrute de una cosa, son apenas partes integrantes de un poder posesorio mayor, que en conjunto implican el poseer en concepto de dueño. Por esa razón una interpretación a fortiori de lo que representa el "concepto de dueño", como la de pensar de que si puede lo más (el conjunto total de los poderes posesorios) podría perfectamente lo menos (el conservar o disfrutar), no cabría en nuestro caso, porque entonces desvirtuaría en su esencia y sustancia lo que es y representa el "concepto de Dueño". Distinto sería el caso de que el que posee en "concepto de dueño", se decida únicamente a ejercer los poderes de conservar o disfrutar la cosa, porque así lo deseen pues de esa manera lo único que expresa es el de que sus poderes son facultativos de ejercer; más, ello no significa que los poderes que se reserva, no los tenga o carezca de los mismos, que es precisamente el caso a que hacemos alusión anteriormente. Y en segundo lugar, el "tenedor" puede llegar a tener los poderes o derechos de "conservar" o "disfrutar", por medio de derivativo o sea, a través de que otro sujeto, específicamente, se los traslade, limitando la tenencia o el poder antes señalado, al desenvolvimiento exclusivo de esos dos poderes sobre la cosa: se le negarán por tanto, los restantes poderes antes aludidos que pueden ejercerse sobre la cosa. Es, lo que precisamente dispone el artículo 432, cuando dice que el tenedor tendrá la cosa para conservarla o disfrutarla y como ya

antes, en su principio, la norma ha señalado que existe un poseedor en concepto de dueño, no cabe duda alguna, que el tenedor al recibir la cosa de éste, también ha recibido la transferencia de tales derechos. De qué manera habría que entender que se ha operado esa conjunción? Estimamos que el propio art. 432 da la respuesta con el contenido que encierra la frase final que dice "perteneciendo el dominio a otra persona". En efecto, si ya hemos señalado que los conceptos conservar o disfrutar son partes integrantes de un poder pleno denominado dominio y que a su vez el "tenedor" no puede tenerlos dentro de su haber posesorio, a menos que deba ser considerado como dueño de la cosa, al referirnos el artículo 432 que el tenedor lo es "para conservar o disfrutar", mientras el dominio sigue "perteneciendo a otra persona" es porque esta última persona que no es más que el "dueño", necesariamente ha desgajado de su "dominio total", esos dos poderes y los ha entregado al "tenedor", que por definición del art. 430 como se vió, carece de todo contenido material. La referencia primera de que el "tenedor" del art. 432 tiene la cosa para conservarla o disfrutarla, tiene una íntima, sutil pero indisoluble trabazón, con la frase siguiente de "pertenencia del dominio a otra persona", porque, como ya se vió, los conceptos "conservar" o "disfrutar", no se dan independientes o en calidad autónoma, sino que los mismos son partes integrantes de un poder mayor que es el dominio y en consecuencia, sólo ha podido entrar en el poder formal del tenedor, a través del desmembramiento que del dominio efectúa el dueño de tales poderes, reservándose a su haber el resto de las facultades o derechos contenidos en el dominio y a que hacer indefectiblemente alusión el artículo en comentario, cuando dice, que pese a entregarse al tenedor la conservación ó el disfrute de la cosa, el dominio continúa perteneciendo a otra persona, persona, como reiterada

mente se ha afirmado no es más que el dueño inicialmente mencionado en dicha norma. No de otra manera ha podido decirse que, "Para desterrar errores debemos tener presente que la redacción del último inciso del artículo 432 se hizo en vista de las cosas confiadas por el propietario a otro sujeto, que las recibe "en concepto de tenedor" de las mismas, por razón del título con que se le confían. La expresión legal ("perteneciendo el dominio a otra persona") adquiere sentido en estas circunstancias; la pervivencia del título que sirvió para configurar en su comuenzo a la posesión, como posesión en concepto de tenedor, continúa - refiriéndola a ese carácter jurídico. Si es cierto, como parece, que - la letra del artículo 432 contempla el supuesto que acabamos de referereir, ello no impide que su sentido pueda ir más lejos, albergando los supuestos en que el tenedor ha recibido la cosa de un simple poseedor no-dueño. La posesión así recibida se configurará, en "concepto de tenedore", si hay razones para ello, en el título por el que se recibe - (título no traslativo del dominio), pues no habiendo más alternativa en el concepto en que se posee que el de dueño o el de tenedor, intereresa al mismo titular, ajeno a esta relación, que la posesión recibida, por no ser en concepto de dueño, no pueda conducir a la usucapión (concepto de tenedor). Y, además, porque con independencia de donde ella - provenga, el título cualifica objetivamente el carácter de la posesión. La letra del artículo 432 contempla el supuesto más deseable, que sea el dueño quien confiancia la cosa al poseedor, pero no excluye otros"(10). De esa manera entonces, aunque con el texto transcrito haya querido resaltar que la entrega que se hace de la cosa al tenedor lo es en esa -

(10) Morales Moreno (ob. cit. ps. 80-81)

calidad, y no en la de dueño, para los fines que nos interesan señalar, no cabe duda que la interpretación antes indicada concuerda en un todo con lo que hasta ahora se ha afirmado, en el sentido de que el Art.432, recoge perfectamente en su contenido y disposición, el supuesto de la posesión derivada que constituye la mediación posesoria y que es precisamente en esa norma a través de la conjunción de dos derechos distintos, que se opera la concurrencia de posesiones sobre una misma cosa.

c) AMBITO DE ACCION DE CADA UNO DE LOS DERECHOS NOMBRADOS.

La calidad con que el mediador posesorio entra en contacto con la cosa, determina también en forma práctica y efectiva, el grado por el que éste sostiene relación con su causante. El artículo 432 dispone que la posesión que el tenedor tiene en la cosa lo es para conservarla ó disfrutarla. Como ya anotó, ambas son formas que independientemente pueden calificar la actuación del tenedor y que, indudablemente, marcan diversas manifestaciones del poder de relación: el conservar o disfrutar la cosa suponen facultades o medios diversos no sólo de contactar con la cosa, sino de relacionarse con el poseedor mediato: de esa manera habría que entender, que la relación que mantiene un depositario, no sólo con la cosa sino con el dueño de la misma, es totalmente diferente a la que realiza el usufructuario o arrendatario en idéntica relación de mediación. En ambos conceptos, estimamos, se encuentra concentrada toda la gama de facultades que el tenedor de la cosa puede ejercitar: Hernández Gil, dice que el poseedor en concepto distinto del de dueño es el que despliega una actividad posesoria de conservación y disfrute de la cosa y que tal actividad difiere de la de propiedad que corresponde a -

otra persona (11), lo que en cierta medida, por exclusión, fija y determina el ámbito posesorio que la doctrina, acorde con el ordenamiento positivo, le ha asignado al tenedor. Por esa razón, el derecho que el tenedor deriva del poseedor mediato está dirigido a lograr uno o los dos fines propuestos y no le cabe en consecuencia, derecho o facultad alguna para actuar, más allá de los límites que ambos conceptos marcan. Ello indica entonces que de la plena actuación posesoria que en un principio el poseedor en concepto de dueño tiene sobre la cosa, el configurar la mediación posesoria, se desprende de las facultades de conservar y disfrutar ésta y las entrega al tenedor. De esa manera fácil resultaría el señalar las facultades que el poseedor mediato se reserva y el respectivo ámbito de relaciones que va a mantener con el mediador posesorio, pues en cierta forma la misma se circunscribiría, casi, a una operación aritmética, por que restándole al poder que el poseedor mediato tenga al inicio de la mediación, las facultades de conservar y disfrutar, obtendríamos los poderes que aquél se reserva. Sin embargo, esa forma de proceder nos llevaría a incurrir en un apriorismo distorsionador de la comprensión verdadera de la problemática relacional existente entre ambos poseedores, pues, evidentemente se estaría procediendo deductivamente, sin tomar en consideración como ya se señaló, el de que, además de que el "conservar", o "disfrutar" pueden darse conjunta o separadamente, cada uno de dichos conceptos comporta una serie de facultades y derechos distintos, que habría que delimitar por vía inductiva para lograr una comprensión clara de ambos campos posesorios, conforme nos lo señala Martín Pérez al decirnos (12), que resulta más apro

(11) La Función Social..., ob. cit. p. 117.

piado para lograr delimitar el ámbito de concurrencia de ambas posesiones, el concretar el límite de las facultades y ejercicio que el tenedor ha adquirido con su derecho, pues de esa manera se puede hacer luz sobre las facultades posesorias que se reserva el poseedor mediato. Con ello, como ya lo indicaba Espín, las relaciones de ambos poseedores se enmarcan dentro de las posibilidades que ofrezca la específica mediación posesoria de que se trate, con lo que se logra la coexistencia - sin fricciones y se hace compatible, la interrelación de las diversas facultades posesorias que recaen conjuntamente en la cosa.

2. RELACIONES DE AMBOS POSEEDORES ENTRE SI

Las relaciones entre el poseedor mediato y el mediador posesorio se encuentran circunscritas a la índole o clase de la mediación poseosria de que se trate, o sea, a la relación jurídica específica pactada como usufructo, arrendamiento, comodato, depósito, etc. Como han de ser los derechos de cada poseedor los que permitan con su actuación el grado de relación factible con el otro poseedor, habrá que oscultar en cada relación jurídica específica de mediación, la existencia, contenido y alcance de cada poder jurídico para concretar en cada uno de ellos, el ámbito de actividad correspondiente a los sujetos posesorios. El presente trabajo como se comprenderá, no tiene la finalidad de indica

(12) Ob. cit. p. 66, en lo que interesa dice: "Para la delimitación de las posesiones concurrentes, en el problema de sus relaciones, se precisa de un "ánimus" operante como límite de la tenencia. Es la posesión inferior o inmediata la que necesita ser circunscrita, - para que así reste un ámbito posesorio a la superior..."

car especialmente las diferentes formas de constituirse la mediación y por consecuencia, el referirse a específicas relaciones de instituciones determinadas, sino más bien que lo pretendido es fijar y se ñalar líneas generales comunes a las diferentes formas de mediación posesoria. Es indudable entonces que el ámbito de acción de los pode res de cada poseedor se encontrará en recíproca relación, con los - que tenga a su haber el otro poseedor. Pero para que ello pueda ocu rrir en la mediación posesoria ha de ser imprescindible, como se ha sostenido, que uno de los derechos tenga carácter derivado e inferior al derecho que le dió origen, pues, de esa manera, se logra en primer lugar, que siendo derechos con diferente contenido, tengan la inciden cia de su actuación en la cosa en campos distintos y de esa manera, - puedan conjugarse en recíproca actividad, lo que no ocurriría en el - supuesto de ser iguales, pues como se dijo, más bien se excluirían. Y en segundo lugar, manteniendo esa índole de derecho derivado con con tenido distinto, es posible que entre ambos poseedores puedan mante- serse vínculos constantes en el tiempo, que es el que facilita y per mite el intercambio de actuaciones (13). Ahora bien, establecida en - los inicios la mediación posesoria es lógico pensar que el poseedor - precedente de la cosa lo sea el propietario o el que la tenga en con cepto de dueño y que debido a la relación jurídica establecida por la que hace entrega de la cosa al nuevo poseedor, se constituye en éste

(13) Casas Martínez, Ob. cit., p. 986, refiriéndose a las relaciones entre arrendador y arrendatario expone que, "El derecho del arren datario nace como consecuencia y a la sombra del derecho del arren dador sobre la cosa. Y mientras subsiste el derecho que dio vida y origen al arrendamiento, entre el derecho del arrendador y el - del arrendatario hay una relación armónica de causalidad..."

un nuevo derecho que será el instrumento jurídico por el que pueda poseer la cosa. El poseedor- propietario o en concepto de dueño no obstante desprenderse de la cosa, mantiene a su haber parte de los poderes posesorios que el derecho que se reserva le concede, pues con la entrega de la cosa, cede únicamente una fracción del poder posesorio total, referido a la conservación y disfrute de ésta, según lo dispuesto por el artículo 432, lo que permite que, constituyendo un derecho en el nuevo poseedor conserve para él las restantes facultades sobre la cosa. Esa forma de estructurar la mediación posesoria facilita el que la cosa pueda ser poseída a través de diversa intencionalidad, la que cada uno de los sujetos tenga según su derecho, lo que permite la existencia de posesiones compatibles con características complementarias (14) y que son los presupuestos necesarios para el establecimiento de relaciones recíprocas entre ambos. De esa forma, consentida por ambos la relación jurídica de mediación posesoria, será con la entrega de la cosa o con la negativa del poseedor mediato a hacerlo, que ambos poseedores se relacionen, ya sea por el que el mediador cumpla una determinada contraprestación (15), o, a su vez, el de poder exigir que se le haga entrega conforme lo pactado. En ambas actuaciones se denota que la conducta de uno de los poseedores influye e incide en la del otro, dando lugar de esa manera al cumplimiento de obligaciones de uno para la satisfacción del derecho del otro y recíprocamente. La intencionalidad o el animus por el que cada poseedor posee la cosa, es digamos,

(14) Espín, ob. cit., p. 29.

(15) Cerrillo Quilez, ob. cit., p. 388, dice que el subarrendador está obligado a entregar la cosa y el subarrendatario a pagar el precio. A lo que diríamos, que son formas recíprocas relacionales.

la forma palpable o externa, por la que cada uno de los poseedores anun
cia ante el otro y entre los terceros, el derecho por el que entra en -
relación con la cosa y las relaciones que mantendrá con el otro posee-
dor, circunstancia ésta determinante en la delimitación de las relacio-
nes entre ambos, pues será el marco real en donde cada uno de los posee-
dores manifieste su conducta (16), elemento éste singular y determinan-
te no sólo en la expresión del derecho que se tenga, sino también del -
control de las extralimitaciones en que cada uno de los poseedores pue-
da incurrir. El animus en el mediador posesorio, aunque pueda estar ma-
tizado por la especial relación jurídica de que se trate, se caracteri-
zará siempre por tener la cosa en concepto distinto al de dueño y esa -
será en principio, la primera y más significativa distinción que ha de
informar sus posteriores relaciones: su actuación carecerá de la posibi-
lidad de poderse manifestar con actos de disposición, enajenación o tras-
formación de la cosa y de esa manera, estará siempre circunscrita al cam

(16) Hernández Gil, la Función Social... Ob. cit., ps. 129-130, sobre -
la noción de animus dice: "La posesión civil requiere, según el ar
tículo 430, la intencionalidad específica de tener la cosa como -
propia. Es algo, pues, que acontece en el poseedor y que cualifica
la naturaleza o clase de la posesión... Por consiguiente, la inten-
cionalidad del poseedor se reconstruye o constata a través de las
exteriorizaciones puestas de manifiesto por su conducta. Y tales -
manifestaciones exteriores son ponderadas conforme a la praxis-so-
cial-jurídica, que, por ejemplo, mostrará como incompatible con la
intención específica exigida por la posesión civil el abono de una
renta por el disfrute de la tierra poseída, y considerará en cam-
bio como indicio favorable el pago de la contribución territorial.
Con ello, la concreta y efectiva intención - la puramente interna-
adviene irrelevante. Porque sólo podrán tomarse en consideración -
ciertas exteriorizaciones significativas conforme a un simbolismo
usual".

po de la conservación y el disfrute asignado por el artículo 432. Por el título, causa jurídica según la cual el mediador posesorio se determina como un poseedor específico de la cosa, en el que se designan los derechos y las obligaciones que el mediador posesorio tiene y asume en la relación de mediación, se logra a su vez delinear el posterior animus o intencionalidad con que el mediador actuará en sus relaciones, ya no sólo caracterizándose según el derecho adquirido (usufructo, arrendamiento, comodato), sino con el poseedor mediato de quien trae causa. El animus que es, como dice Hernández Gil, el que informa la conducta que objetiva y socialmente pueda ser valorada, es a su vez el producto o el efecto de los derechos o facultades contenidas en el título que el mediador ha concertado con el poseedor mediato; así por ejemplo, según el artículo 470 del Código civil, los derechos y obligaciones que asume el usufructuario serán los que se determinen en el título constitutivo del usufructo y por el 469 *ibidem*, se fijan determinadas condiciones de la forma en que se puede constituir en sus variedades dicha figura. Parecidas regulaciones y formas de proceder las encontramos con motivo del arrendamiento en los artículos 1543, 1546, 1554, 1555; para el comodato 1740, 1741, 1743, 1744; y para el depósito encontramos los artículos 1758, 1766, 1767, 1770. Sin embargo, lo que se viene exponiendo es lo que normalmente debiera de ocurrir, y de hecho parece que generalmente así ocurre, en los casos en que la posesión se adquiere por constitución derivativa. Pero puede ocurrir, que la conducta del mediador posesorio o la del poseedor mediato, no respondan al contenido del derecho nacido en la relación jurídica de mediación y se manifiesten de hecho en una dimensión distinta a aquella, para la que inicialmente estaban autorizados a poseer la cosa. Ello, además de ser posible, pues ha de recordar-

se que la posesión es sustancialmente actuación de hecho, patrocina el que ambos poseedores puedan relacionarse en un plano, no de recíproca compatibilidad, sino más bien de exclusión o eliminación de los actos que se estimen invaden la esfera de acción del derecho lesionado. Ello genera actuaciones y efectos distintos en cada uno de los poseedores, según se trate del mediador posesorio o del poseedor mediato, por lo - cual hemos de referirnos por separado a cada uno de ellos para mayor - claridad.

A) EN CUANTO AL MEDIADOR POSESORIO

En lo que atañe al mediador posesorio pareciera que tales actos de ser ejecutados, no tendrían ningún efecto posterior en perjuicio ni en beneficio de nadie, pues conforme lo dispone el artículo 463 del Código civil que dice, "los actos relativos a la posesión, ejecutados o consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor para disfrutarla o retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño...", es del caso pensar, que aún encontrándose dichos actos fuera del ámbito de limitación que marca el derecho derivado, no tienen la trascendencia de menguar el derecho del poseedor mediato. De admitirse en semejantes términos la norma transcrita, como resultará fácilmente - comprensible, habría que concluir, que la actuación de hecho del mediador posesorio se vería notablemente disminuida, o, como afirman Pérez - González y Alguer, se daría una derogación completa del concepto de posesión (17), pues, la posesión como ejercicio de hecho según la define el artículo 430, quedaría reducida a una mera facultad jurídica ideal -

(17) Ob. cit., p. 98.

sin ninguna incidencia en el plano fáctico. No obstante, la doctrina - se ha pronunciado en contra de tal criterio y ha afirmado de tal norma que "sólo se propone el precepto impedir el daño por actos extralimitados del tenedor o poseedor inmediato, precisamente mientras lo sea, pero no que pretenga - y logre - cambiar tal concepto posesorio" (18). - De esa manera nos parece en efecto, debe de ser interpretada la norma en comentario, lo que entonces plantearía una inmediata cuestión de - singular importancia: de qué manera redundaría en la posesión en general los mencionados actos y cómo podría reaccionar el poseedor mediato ante los mismos. En cuanto a la primera cuestión, o sea, de qué manera redundaría en la posesión en general los actos del mediador posesorio que se sitúen fuera de los derechos adquiridos inicialmente, según parece, cabría darle dos respuestas: a) Que los mencionados actos no pasen de ser "meras extralimitaciones" de los poderes concedidos en la - relación jurídica de mediación y que, en consecuencia, teniendo su fundamento en última instancia en una facultad o derecho adquirido, se sitúen dentro del marco de las posibilidades posesorias posibles y no - tengan efecto alguno de enervar la posesión del poseedor mediato, conforme lo dispone el artículo 463.- b) Que tales actos, situándose fuera del campo dispositivo del artículo 463, se constituyan en sí y mediante la actuación de hecho realizada por el mediador posesorio, en la expresión del contenido de un derecho, de un nuevo derecho, que no habién

(18) Martín Pérez, ob. cit., p. 70.-Morales Moreno, ob. cit. p. 104, - compartiendo el mismo criterio expuesto por el autor antes citado agrega, que de no entenderse así lo dispuesto por el artículo 463, habría que pensar en que el tenedor no podría intervertir el título por el que posee, lo que vendría a contradecir abiertamente lo dispuesto por el artículo 436 que da entrada a dicha figura.

dose acordado conceder en la relación jurídica inicial, ni desprendiéndose implícitamente tampoco del resto de las facultades concedidas, - tenga su aparición y posterior vigencia, merced a la actuación unilateral del mediador posesorio. Este supuesto, que estimamos, puede extenderse desde la hipótesis de la interversión posesoria hasta la entrega de la cosa a un tercero en calidad de non domino (19), pasando por el ejercicio de cualquier derecho no expresa ni tácitamente concedido, es posible que el mediador posesorio pueda hacer nacer a su favor un nuevo derecho, como consecuencia de una situación de hecho creada por su conducta específica y que podría devenir contraria válidamente en contra del poseedor mediato. Y decimos que podría devenir válidamente, por que si la actuación de hecho que el mediador posesorio realiza, se constituye en reiterada y duradera en el tiempo, la misma debe ser considerada como auténtica posesión (20). Pero, además, si tomamos en cuenta

(19) Font Boix, ob. cit. p. 1632, refiriéndose a la adquisición a non dominio dice que "Esta se refiere a los supuestos de la posesión de la cosa por acto voluntario del propietario, esto es, cuando - "el poseedor que enajena la cosa" la tenía en su poder por una relación jurídica derivada de un negocio jurídico, por ejemplo: usufructo, uso, prenda, arrendamiento, etc. En tal supuesto, cuando el poseedor enajena la cosa al tercero de buena fe, la posesión - de éste equivale al título, título propiedad, con lo que se establece una verdadera adquisición a non domino".

(20) De los Mozos, ob. cit. ps. 240-241, discutiendo sobre el hecho - de la posesión que regula el art. 445, dice que en el supuesto de contienda del hecho mismo de la posesión, el conflicto debe de resolverse por proteger al poseedor actual, porque los interdictos amparan toda posesión, "aún la momentánea". A lo que agregamos nosotros, que si así se dispensa la protección interdictal, es porque la misma situación "momentánea" es posesión de conformidad con los artículos 430 y 446.

que según el artículo 460, 4º del Código Civil, la posesión puede perderse mediante la posesión de otro que dure más de un año, como mucho mayor razón habría que admitir, por interpretación extensiva, que mediante la reiteración en el ejercicio del contenido de un derecho que de hecho efectúe el mediador posesorio y no expresamente concedido, ese derecho puede llegársele a oponer al poseedor mediato, pues este cesaría en el goce de aquel derecho posesorio al transcurrir un año, según así lo dispone el artículo 1944, redundando dicho derecho en el haber posesorio del mediador posesorio. Respecto a la segunda cuestión planteada, o sea, la forma en que podría reaccionar el poseedor mediato ante la conducta del poseedor mediatomaniestamente anticontractual, podrían señalarse dos maneras de actuar. a") Optar por consentir dicha conducta, admitirla como un derecho más a favor de aquél, consolidándose de esa manera el derecho a favor del mediador.- b") Oponerse mediante el juicio respectivo y mientras no transcurra el período marcado por el art. 460, 4º, a la continuación de la conducta que lesiona su derecho. Aquí, estimamos, sin que resulte adelanto de criterio, podría recurrir al juicio declarativo al tratarse de un problema de derecho (resolución o interpretación del convenio), o el interdicto si se trata de un problema de hecho.

B) EN CUANTO AL POSEEDOR MEDIATO

Respecto a una posible actuación del poseedor mediato que vaya más allá de las facultades contenidas en el derecho que se ha reservado, parece que, de igual forma en que el mediador posesoria ha podido invadir un campo posesorio no asignado por su derecho, sea posible también que el poseedor mediato se atribuya facultades y restrinja en con

secuencia las del mediador. Tales actuaciones podrían ser, ya ampliando el radio jurídico de acción mediante actuaciones directas en la cosa, como lo sería el pretender también disfrutar de la cosa; o bien, - mediante la imposición de restricciones a la conducta del mediador posesorio. En ambas circunstancias, pese a que la posesión de la cosa se encuentra en poder del mediador posesorio, no parece posible, por paridad de principios, que el poseedor mediato no debe de poder adquirir el derecho que corresponda al contenido de su actuación, pues si por una parte sucede que el mediador posesorio consiente aquella situación, por otra, habría que entender también, que el disfrute de hecho que se efectúe de un derecho, aunque éste no pertenezca, conforme al artículo 430 se constituiría en verdadera posesión; posesión, como ya se dijo, que reiterada en el tiempo puede devenir en derecho por prescripción negativa del titular del mismo. Contra tales injerencias, bien puede el mediador posesorio reaccionar en la vía respectiva, se trate de problemas de puro derecho o de verdaderas perturbaciones a su estado de hecho, - porque además de ser su posesión eminentemente de derecho, a la vez, de hecho posee la cosa. Aparte de las consideraciones anteriores y las que se han expuesto en el transcurso de este inciso, parece, a manera de - visión general, posible señalar un marco de incidencias relacionales - que dan una imagen de conjunto, en las relaciones entre el poseedor mediato y el mediato posesorio y que difieren de las antes enunciadas, por lo que, para mantener una secuencia formal en su enumeración, se irán señalando con una letra mayúscula, como continuación de la clasificación.- C) En primer lugar, parece cierto que a partir de la clasificación del momento de entrega de la cosa al mediador posesorio se inicia entre éste y el poseedor mediato, las primeras relaciones, no sólo por la posibilidad posterior de generar otras relaciones acordes con la in

dole de la mediación pactada, sino por las que entrañe el hecho puro y simple de la entrega. Puede suceder que a partir de ese momento, se empiecen a exigir recíprocamente ambos poseedores el cumplimiento de diversas obligaciones contraídas, como lo serían, la entrega de una cosa distinta a la acordada o el pago de una contraprestación diferente, ó simplemente la entrega de la cosa pactada. D) Establecida la relación de mediación posesoria, el mediador asume en el ejercicio de la misma la obligación de destinar la cosa al fin para la que la misma ha sido destinada en el pacto y durante ese período debe a su vez conservar la sustancia de la misma (Arts. 467, 497, 511, 520; 1555, 2º, 1559, 1561, - 1563; 1774; 1758, 1766, 1770). En el supuesto de que incumpla alguna - de tales obligaciones, da lugar a la intervención del poseedor mediato quien, por su parte también, no sólo no puede cambiar el destino de la cosa entregada en mediación (art. 1557). sino que, como se vió en su - oportunidad, está obligado a cubrir los gastos que provengan del mero uso de la cosa.- E) Sin embargo, parece ser, que el punto de mayor in- cidencia en las relaciones recíprocas entre ambos poseedores, lo cons- tituye durante la vigencia de la relación el incumplimiento de cualquie- ra de las relaciones contraídas o el impedir el ejercicio de las facul- tades contenidas en el derecho que se tenga. Así tendríamos, por ejem- plo, el que el mediador posesorio destine a fin distinto el uso de la - cosa o impida al poseedor mediato la inspección sobre el uso y conser- vación que se le esté dando a la cosa. O por su parte el poseedor media- to se realice las reparaciones en la cosa a que está obligado o impida que el mediador disfrute o uso de la cosa conforme a su derecho. Tales actuaciones recíprocas posibilitan el que ambos poseedores mantengan un intercambio de sus diferentes derechos y obligaciones en el desenvolvi- miento de la mediación posesoria. F) Por último, la finalización de la -

mediación posesoria, da lugar para que de manera más directa se entrecrucen los distintos derechos de ambos poseedores, ya porque la extinción devenga dentro de los cauces previstos o porque la misma se presenta conflictiva, por haberse exigido la cosa antes de que expirase el período pactado, porque la misma se destruya, extravíe o vaya a manos de un tercero, o porque el mediador se niegue a entregarle alegando un derecho prioritario sobre la misma en detrimento del que esgrime el poseedor mediato. En todos estos casos señalados, poseedor mediato y mediador posesorio, podrán mantener mutuamente lazos de relación jurídica, porque tanto la cosa poseída como los derechos que recaen sobre la misma, son las vías que permitan el intercambio de derechos y obligaciones de los poseedores.

3. INTERDICTOS DEL POSEEDOR MEDIATO

Conforme se planteó supra página 209 y siguientes, el poseedor mediato considerándose como un verdadero poseedor, se señaló que se encontraba legitimado para interponer los interdictos no sólo contra terceros, sino que también entre poseedores mediatos de diferentes grados. Sin embargo se admitió el planteamiento que supone la interposición incidental de uno entre el poseedor mediato contra el mediador posesorio. Este contra cuál, con el fin de enfrentar por aparte más claramente la problemática que ello encierra, por ser a su vez la que ha motivado la controversia dentro de la doctrina, debido fundamentalmente al origen o causa vital derecho adquirido por el mediador posesorio. Empecemos señalando en primer lugar, que, de acuerdo con el artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la protección posesoria se otorga a todo aquel sujeto que encontrándose en la posesión ostentando

cia de una cosa haya sido perturbada en ella (21). La tenencia según el artículo 430 o lo es de una cosa o la constituye el disfrute de un derecho; el disfrute de un derecho, según dicha disposición, es la posesión de hecho que de un derecho se pueda tener. Es la posesión que precisamente disfruta todo poseedor mediato y en la cual, como ya se dijo su—pra páginas 84 y 85, no se da ni una espiritualización del hecho de la posesión ni tampoco una ficción del señorío de hecho, sino que simplemente consiste en el ejercicio del contenido del derecho reservado en el poseedor mediato, después de que éste ha entregado la cosa y ha constituido un derecho en el mediador posesorio. Ahora bien, si el derecho cualquiera de que se trate, es el objeto de la posesión que el poseedor mediato tiene y ejercita dentro de la relación de mediación, pero que dicho poseedor tenga la posibilidad de promover el establecimiento de un interdicto en contra del mediador posesorio, es porque éste lo ha perturbado en el ejercicio de su derecho, circunstancia ésta que ha suscitado polémicas por que se estima de que, si es el derecho el que se manifiesta como objeto de la perturbación, el problema debería de ventilarse en juicio plenario, distinto al del interdicto que tiene como objeto la perturbación, el problema debería de ventilarse en juicio plenario, de una situación de hecho, lo que lleva como consecuencia lógica a

(21) Rodríguez Solano, La Poesión como objeto..., ob. cit. ps.276-277, dice que para que la posesión o tenencia sean amparadas por vía interdictal, se requiere" que el que pretende ampararse en estas acciones se encuentre en la posesión o tenencia en el momento de cometerse el acto de perturbación o despojo, no siendo suficiente al efecto una mera expectativa de derecho ni una situación de hecho fenecida sin que ello signifique que haya la aprehensión material de la cosa o derecho que pretende defender, puesto que..., a ello se opone el artículo 438 C.c. que admite el supuesto de posesiones espiritualizadas..."

negar dicha acción posesoria al poseedor mediato. Ya se ha señalado -
dupra página 211 y siguientes que existe una corriente doctrinaria en
cabezada por Rodríguez Solano y Viada que basándose en el argumento -
de que únicamente las perturbaciones de hecho contra la posesión de -
hecho, son las que pueden ser protegidas a través de los interdictos,
por lo que basándose en tales razones niegan el interdicto al posee-
dor mediato contra un tercero. Sin mayor esfuerzo habría que pensar -
que si tal criterio prevalece en un caso, debe de hacerlo en el supues-
to de que el perturbador sea el mediador posesorio, máxima que éste -
detenta la cosa por haberlo recibido de aquél. El problema cuestiona-
do sobre tal defensa parece tener su raíz, en la esfera de acción en
que cada derecho se manifieste, pues de esa manera, no sólo se está -
realizando la posesión que le corresponde, sino, delimitando a su vez,
la del otro poseedor por vía de exclusión: "Ciertamente que esta defensa -
plantea la dificultad..., de precisar cuáles son los límites que hu-
bieran ser protegidos el poseedor superior contra el mediador poseso-
rio y éste contra aquél. Pero no creemos que pueda hacerse supuesto -
de la dificultad para desembarazarse del problema con una solución ne
gativa. Fijar los límites de la protección de cada cual es fijar los
límites de su posesión y tal determinación es ineludible si cada cual
ha de ser protegido en su posesión y no en otra distinta" (22). En la
medida en que el derecho de cada poseedor se delimite, pareciera con-
trario a la opinión doctrinal anterior, en esa medida, estimamos se -
va determinando el grado de protección posesoria para cada uno y de -
esa manera se afirma, que siendo la base de la posesión en Derecho es

(22) Pérez González y Alguer, ob. cit., p. 122, in fine.

pañol los derechos, no se plantearía ningún problema en lo tocante a la utilización de los interdictos entre el poseedor del dominio y el tenedor del arrendamiento, en vista de que si bien las posesiones (tanto la de derecho como la material) recaen sobre una misma cosa, es lo cierto que cada una tiene un objeto distinto, en vista de que reflejan facultades completamente distintas (23). Pero, hecha la separación respectiva, o sea, el campo jurídico de acción de cada uno de los poseedores, quedan dos cuestiones a resolver: una, que habiéndose dado los derechos de ambos poseedores dentro de un marco contractual, pareciera - que cualquier diferencia que surgiera entre los diferentes derechos, deba de resolverse mediante las cláusulas establecidas en el convenio; y la otra, como lo afirman los artículos 430 C.c. y 1651 de la Ley Procesal, la protección posesoria se brinda a la perturbación o despojo que de hecho se haga de la posesión. Podría entonces perturbarse o despojarse de hecho el ejercicio de un derecho? En cuanto a las diferencias entre ambos poseedores que deban dilucidarse a través del convenio, las mismas han de limitarse a interpretaciones, incumplimiento de obligaciones o reclamo del ejercicio de facultades que se niegan. Mientras que, si se tratara de la perturbación de hecho de un derecho, para que ello pudiera ocurrir sería necesario, como es lógico, que dicho derecho pudiera tenerse de hecho, pudiera ser tangible, lo que ciertamente resultaría un poco dudoso porque el derecho en sí, es una representación mental, intelectual de un mundo de formas ideales que son la representación formal de lo que debe ser la conducta social. Pero como cada norma tiene por contenido un "pedazo de vida social objetivada" (Reca-

(23) Vallet de Goytisolo, ob. cit., p. 577.

sens Siches), desde el momento en que el hombre ejecuta mediante su -- conducta aquel postulado de contenido social transforma con su "acción intencional", no sólo en dinámica la estaticidad del contenido de la norma, sino que, a su vez, la convierte en un hecho con plena vigencia fáctica y que incide en la realidad objetiva que lo rodea, motivando -- cambios tangibles en el sujeto que ejecuta dicha acción, sino que también en las personas que lo rodean y las cosas que también reciben el -- influjo de aquella conducta que transmite el hecho. Si ello es así, a no dudar, es posible entonces que un sujeto al ejecutar con su conducta el contenido de una norma, pueda perfectamente influir de hecho en que el otro sujeto que es parte de una relación jurídica: de esa manera que se puede hablar que un derecho puede actuarse de hecho y por ta les razones, si el mismo convertido ya en un hecho, está expuesto lógicamente a una perturbación y a un despojo; en consecuencia, si ello es así, es posible entonces concluir, que el derecho que el poseedor mediato tiene a su haber dentro de la relación jurídica de mediación posesoria, puede actuarse de hecho y en esa medida, puede ser perturbado y si lo es, sin lugar a dudas, debe y tiene derecho a ser protegido interdictalmente. Queda, no obstante, a dilucidar el problema de si realmente una perturbación de hecho, lo sea puramente de hecho, o sea nada más que una actuación o la consecuencia de un acto contractual. Sin -- descartar que algo semejante pueda ocurrir y que, en consecuencia, debe ser el convenio que rige las relaciones jurídicas el que venga a -- descifrar la litis, no podemos por otro lado desconocer, que aun siendo actuaciones meramente contractuales, no por ello no puedan producir efectos de hecho que provoquen realmente la perturbación y en ese sentido se nos dice que, "Es cierto que cuando el arrendador perturba al

arrendatario en el goce de la cosa arrendada deja de cumplir la obligación que le incumbe con arreglo al artículo 1554; pero no es menos cierto que también, al margen del incumplimiento de esa obligación, se produce una perturbación que, en el puro plano de la posesión, puede engendrar sus consecuencias jurídicas. El problema está en no negar - significación jurídica contractual a la relación entre arrendador y - arrendatario, sino en ver si, pese a ese vínculo jurídico, se puede - abstraer de él la pura y simple cuestión posesoria. Entendemos que si" (24). Puede suceder también que la perturbación de hecho sufrida sea ex-contrato (25) y que tienda a impedir el ejercicio de hecho del derecho cuestionado o, a su vez, crear un derecho en el mediador posesorio, que no estando expresamente estipulado en el convenio, tienda a imponerse su ejercicio de hecho. Ambas situaciones planteadas a nivel fáctico y que son o pretenden ser una disminución, perturbación o despojo del ámbito de acción posesoria del poseedor mediato, no tienen - un amparo jurídico existente en el convenio, por lo que requiere que sea la acción interdictal, la que venga a restaurar la situación anterior; por eso se dice que, "una cosa es que el arrendador no pueda - usar el interdicto por falta de pago de las pensiones o por la terminación del plazo contractual, o de sus prórrogas, por ejemplo, en vez de acudir al desahucio; y otra, bien distinta que pueda defenderse su posesión, no sólo contra las perturbaciones de un tercero que obre -

(24) Hernández Gil, Dictámenes, I, Ob. cit., 96-97.

(25) Vallet, ob. cit. ps. 593-594, dice que existen situaciones derivadas de las relaciones entre ambos poseedores, que faculta al señor para interponer el interdicto y que son distintas a las - pactadas en el contrato, como lo sería no perjudicar la cosa, etc.

por su propia cuenta, ... o con la tolerancia y consentimiento del propio arrendatario..., sino contra éste, en todas aquellas relaciones de hecho que no deriven del contrato" (26). Planteado entonces que es del todo factible que el poseedor mediato encontrándose en poder del derecho de posesión que a él corresponde, pueda de hecho desenvolver el contenido de dicho derecho a través de diversas conductas en la cosa y con el mediador posesorio (inspecciones en la cosa, arreglo de deterioros, prohibiciones en el deterioro de la cosa), es posible que el mediador posesorio en tal desenvolvimiento jurídico-fáctico pueda como tal cometer alguna perturbación, por lo que entonces el poseedor mediato estaría legitimado para interponer el correspondiente interdicto (27), con miras a que cese dicha perturbación o a impedir el despojo definitivo, pero en este último caso, tal como lo señalábamos supra páginas 218 y 219, "... tales interdictos no serán suficiente para que el señor lance al llevador porque la tenencia queda fuera del límite de la posesión de aquél". (28). En general, la doctrina española opta por conceder el interdicto al poseedor mediato con argumentos semejantes a los expuestos y así tenemos que se pronuncian Prieto Castro (29); Gómez Orbejea (30); García Valdecasas (31); De Diego Lora (32); Martín Pérez

(26) Los Mozos, ob. cit. p. 200

(27) Gimeno Gamarra, ob. cit. ps. 674-675, en contra de la doctrina dominante dice que se muestra en desacuerdo porque al poseedor mediato se le concedan los interdictos contra el mediador posesorio, - pues solo debido a una extralimitación podría tener lugar a dicha acción, lo que le estaría impedida al mediador y demás tenedores, porque de esa manera se lo impide el art. 463.

(28) Vallet, ob. cit. p. 590.

(29) Derecho Procesal Civil, vol.II, ps. 99-100.

(30) Ob. cit. p. 36.

(33); Espín (34), para citar a los que más se refieren al tema concre-
to.

4. INTERDICTOS DEL MEDIADOR POSESORIO

La condición sine qua non ya establecida, que, de acuerdo con -
los artículo 1651 de la Ley Procesal y 446 del Código Civil, para re-
chazar una perturbación en la posesión a través de interdicto, es in-
dispensable que el sujeto que se encuentre en posición de expolio, sea
poseedor. En la corriente romanista clásica como se señaló supra pági-
nas 7, 8 y 9, en la consideración de tal atributo era necesario, -
además de ejercer un poder sobre la cosa que la intención del sujeto -
estuviese dirigida a tratarla como suya con animus domini. Según se afir-
mó supra páginas 31 a 37, en el Derecho español se eliminó el requi-
sito de tener la cosa con la intención de tratarla como propia y única-
mente se dispone para acceder a la posesión, el ejercicio estable de un
señorío de hecho sobre la cosa, según puede así desprenderse de la pri-
mera frase del artículo 430 cuando dice que "Posesión natural es la te-
nencia de una cosa...". Qué sea en su "esencia" lo que se denomina como
"señorío de hecho", es un concepto que hasta el momento no se ha logra-
do concretar y el mismo dependerá más bien de lo que la opinión general
estime en cada caso de relación entre una persona y una cosa lo que sea
"señorío de hecho". "Señorío es lo que aparece como tal ante la concien-
cia como" (35). Ahora bien, si eliminado el animus o la intencionali-

(31) Ob. cit., ps. 68-69.

(32) Ob. cit., ps. 122 a 125, VOL. 2º.

(33) Ob. cit. p. 66.

(34) La Adq. de la Pos. Inmt. ..., Ob. cit. p. 30.

(35) Wolff, ob. cit. p. 42.

dad de comportarse ante la cosa como si la misma le perteneciera al su jeto, puede entonces ser poseedor aquél, que ejerciendo un poder sobre la cosa en condición distinta a la de dueño, no obstante la tiene bajo su poder aprovechándose de ella en plano distinto al requerido por el - animus domini. Esa es la condición que reiteradamente se ha examinado, tiene lugar en el mediador posesorio: éste es poseedor, pese a que tie ne la cosa bajo su poder reconociendo en otro la propiedad o el domi— nio. Si ello es así, como lo hacíamos supra páginas 242 a 245 , el me— diador posesorio por tener la calidad de poseedor tiene a la vez la - legitimación de interponer los interdictos en contra de perturbaciones y despojos que sufre de la cosa. Ahora bien, si esa facultad que puede interponer contra terceros conforme se demostró supra página 244 y 245 podría igualmente usarla contra el poseedor de quien trae causa su de— recho y, en última instancia su posesión? La doctrina se ha planteado seriamente la cuestión, porque el mismo encierra, no sólo un problema de posesión pura y simple, sino que, a la vez, tiene lugar entrelazado un problema contractual al que no podría soslayarse, máxime que en la mediación posesoria, es generalmente, la armadura jurídica en donde se asientan las diversas relaciones posesorias entre ambos sujetos.

1) Como problema puro y simple de posesión, nos parece, en primer lu— gar, que si bien la posesión de una cosa ha de ser reconocida en una - sola persona conforme al artículo 445, y esa cosa poseyéndola actual y directamente el mediador posesorio, a su vez y por su medio, también - la posee el poseedor mediato conforme al derecho que también posee, - es así porque la cosa es el fundamento básico de existencia del dominio del poseedor mediato, pareciera, parangonando a Mucius Scaevo— la [] que al atentar el poseedor mediato contra la cosa y la pose—

sión del mediador posesorio, en cierta forma estaría atentando contra su verdadero derecho, pues éste se manifiesta a través del mediador - posesorio y a la vez tiene fundamento fáctico en la cosa. Sin embargo la objeción anterior no es consistente debido a que, si bien es cierto que la cosa sirve de fundamento al derecho del poseedor mediató, se debe recordar fundamentalmente que el plano de los hechos, ambos poseedores actúan en campos distintos, debido a que lo hacen con fundamento en derechos de contenidos variables que tienen su incidencia en planos posesorios diferentes y que siendo así, es perfectamente factible la inmisión de un sujeto en el campo posesorio del otro, que, de alguna manera contraiga perturbaciones y que legitime al lesionado para defenderse. - B) En relación a los problemas que se suscitan por las relaciones contractuales entre ambos poseedores y que son la piedra angular para negar el interdicto al mediador posesorio contra el poseedor mediató, entre las que se citan como de mayor importancia son: a) Que el mediador posesorio sólo posee en nombre del dueño, careciendo de posesión por sí y por consiguiente, mal puede pretender el amparo de la ley frente a quien trae causa su posesión y que ejerce en su nombre exclusivamente (37); b) Que la existencia de una rela

(36) Ob. cit. p. 134, dice textualmente: "La violación de las obligaciones que por razón de la causa posesoria, eminentemente jurídica, puedan existir entre señor y llevador, pertenece a otro orden distinto del posesorio y no necesita mayor protección que la que legalmente brote del título... Además, el poseedor director, al intentar contra el poseedor director..., a al intentar contra el poseedor mediató atenta a su derecho, no a otro poder de hecho, y el atentado de derecho, no se resuelve por la protección interdicto sino por las acciones plenarias..."

ción obligatoria entre arrendador y arrendatario (poseedor mediato y mediador posesorio), impide el ejercicio de acciones posesorias en cuanto a que el hecho sobre el que la demanda habrá de estar basada no constituirá más que una simple ejecución del contrato; c) Como derivación del argumento anterior, se mantiene también que preexistiendo entre arrendador y arrendatario esa relación jurídica contractual, estando ambos ligados por unas obligaciones, cualquier problema que suscite acerca del goce de la cosa arrendada no es un problema de hecho como lo son la posesión y el interdicto, sino que se trata de una cuestión de derecho (38). El punto neurálgico planteado del problema se centra a no dudar, sobre la cuestión contractual suscrita entre poseedor mediato y mediador posesorio, debido al entrecruzamiento de derechos y obligaciones mutuas, que pueden dar lugar a fricciones entre los campos de acción posesoria que cada derecho le conceda a los sujetos y que no se logre dilucidar, si lo es puramente contractual o de hecho. Para poder distinguir adecuadamente, a raíz de una relación contractual, que acción es la que se debe ejercitar, si la declarativa o la interdictal, se debe partir del concepto en que se posee, en estricta relación con la situación de hecho que informe cada concepto posesorio y delinear a partir de ella si la actuación o derecho que se cuestiona, se deriva del contrato o es nacida de una relación de hecho no prevista convencionalmente (39). En -

(37) Domínguez de Molina, ob. cit., p. 168.

(38) Hernández Gil, Dictámenes, I. ps. 95-96.

(39) Vallet, ob. cit., ps. 595-596. Parecidos términos expresa Gimeno Gamarra, ob. cit. ps. 656 y 657, aunque sosteniendo que tal indagación puede reflejar más un conflicto por incumplimiento de obligaciones contractuales, que un ataque de hecho a la posesión del otro.

cuanto a la objeción indicada como a), en alguna medida ya la misma se encuentra contestada en parte del desarrollo que se ha hecho, debido esencialmente a que, si bien el mediador posesorio deriva su posesión del poseedor media¹, es lo cierto que la misma la tiene con independencia de dicho poseedor, pues en su posesión se pronuncia con cierta autonomía, al punto de que es capaz de producirse como un verdadero poseedor, como propio y legítimo derecho que ejercita en su propio nombre. Y así se nos dice, que el arrendatario se limita a ejercitar su derecho arrendaticio, perfectamente separado y armónico con el derecho de dominio del arrendador, adquirido por virtud de un contrato irrevocable, "esto es, que los actos de goce que sobre la cosa realiza son efecto exclusivo de su derecho arrendaticio, y no puede hablarse de ejercicio delegado o en nombre del dueño, quien durante la vigencia del contrato, ni puede obstaculizar aquellos actos, ni obligar al arrendatario a seguir sus instrucciones en el goce de la cosa, sino que, por el contrario, tiene forzosamente que respetar lo que éste haga por su propia iniciativa, siempre que se produzca dentro de lo pactado". (40). De tal manera que desarrollando su actividad posesoria de forma personal, sin dependencias directas ni instrucciones que cumplir, el mediador posesorio tiene no sólo un campo posesorio exclusivo para su actividad, sino que en él se desenvuelve como el poseedor que verdaderamente lo es, lo que supone claramente el deslinde de los derechos y espacios posesorios ocupables por cada uno de los poseedores. - Respecto a los dos argumentos restantes, dejemos que sea el propio Hernández Gil quien se encargue de refutarlos y a los que por nuestra parte, además de adherirnos a los mismos, no tenemos que agregar otra co-

(40) Domínguez de Molina, ob. cit. ps. 193-194.

sa: "El que entre arrendador y arrendatario medie un vínculo contractual no impide que la posesión cumpla sus funciones y engendre las — consecuencias a ella inherentes. Es cierto que cuando el arrendador — perturba al arrendatario en el goce de la cosa arrendada deja de cumplir la obligación que l incumbe con arreglo al artículo 1554; pero no es menos cierto que también, al margen del incumplimiento de esa — obligación, se produce una perturbación que, en el puro plano de la — posesión, puede engendrán consecuencias jurídicas. El problema está en no negar significación jurídica contractual a la relación entre — arrendador y arrendatario, sino en ver si, pese a ese vínculo jurídico, se puede abstraer de él pura y simple cuestión posesoria. Entendemos que sí... Lo que sostenemos es que, al margen del problema jurídico de fondo, es posible en el terreno del puro hecho, accionar y defenderse. Pues bien, esto puede darse también en la relación entre — arrendador y arrendatario. Entre ellos hay un vínculo jurídico. Se — puede plantear el problema posesorio dentro de este círculo; pero cabe también abstraerlo de él, independizarlo, y sin tener en cuenta el título posesorio, atenerse sólo al hecho de la posesión y en ese plano actuar". (41). La cuestión entonces ha de plantearse como señalaba Vallet en el sentido de que en la mediación posesoria, se dan dos campos distintos de actuación por parte de los sujetos: el puramente contractual y el puramente posesorio, fáctico o actuación de hecho, que coexistiendo e interrelacionándose mutuamente, no por ello pierden su fisonomía propia y del descubrimiento de esa doble faz en dicha institución, dependerá en el momento oportuno, saber escoger cuál es la — acción idónea para dirimir la contienda suscitada. Ahora bien, par—

(41) Dictámenes, I, ps. 96, 97, 98.

tiendo entonces que el mediador posesorio como poseedor de hecho que es de la cosa, puede recibir perturbaciones y expolios por parte del poseedor mediato y, en consecuencia, en su defensa está legitimado - para interponer el interdicto respectivo en contra de la lesión de - hecho de que se trate, sin que por ello falta a sus obligaciones con tractuales. La doctrina se ha mostrado acorde en tal solución y además de los autores que en el desarrollo hemos citado, se han pronunciado en parecidos términos De Los Mozos, (42); Domínguez de Molina (43); De Diego Lora (44); Viada (45); Juan Ríos Sarmiento (46); Pérez Templado (47); César Alvarez-Linera Uria (48).

(42) Ob. cit., ps.193-194.

(43) Ob. cit. p. 232, resume su criterio en estos términos: "Para nosotros que consideramos al arrendatario, sin posible discusión, como un verdadero poseedor, como un poseedor en nombre e interés - propios de su derecho arrendaticio, la consecuencia indeclinable es la de que, sin ningún género de duda, se halla facultado para ejercitar ambas acciones de retener y recobrar, contra cualquiera aunque sea el propio arrendador".

(44) Ob. cit., Vol. 2, ps. 122 a 125.

(45) Legitimación Activa y Pasiva..., Ob.cit., p.825.

(46) Interdicto de Retener o Recobrar, Rev. Der. Proc., En.Mar. 1949, ps. 14-15, dice: "Podemos, pues, sentar esta afirmación indiscutible: En nuestro derecho vigente, el arrendatario puede ejercer la acción interdictal contra todo perturbador o expoliador. Para exceptuar a alguno de éstos es necesario que exista otra disposición legal que lo exceptúe, o un motivo jurídico superior, o una razón interpretativa que nos lleve a entender que alguno de los perturbadores o expoliadores no está comprendido en aquellas disposiciones".

(47) Interdicto de Recobrar. Puede interponerlo el arrendatario contra el arrendador. Rev. Der.Proc. 1947, p. 146.

(48) Notas sobre el Precario y los Interdictos. Rev. Der. Proc., Nº 2 1961, ps. 308-309, refiriéndose a la posesión que el precario

II. RELACIONES DE AMBOS POSEEDORES CON TERCEROS Y LA DEFENSA

TOTAL DE LA POSESION POR CADA UNO

Sumario: 1.- Relaciones del Poseedor Mediato. 2.- Relaciones del Mediador Poseedor. 3.- Defensa por el Mediador Poseedor. 4.- Defensa por el Poseedor Mediato.

1. RELACIONES DEL POSEEDOR MEDIATO

Las relaciones que se puede producir con terceros desde la perspectiva de una relación jurídica de mediación, pueden ser vistas según parece, desde una doble faceta, a saber: desde el ámbito del poseedor mediato y desde el que ocupa el mediador posesorio, sin que ello desvirtúe mínimamente, que los eventuales efectos que puedan producirse - por cualquiera de los dos conductos, como se comprenderá, incidan directa o indirectamente, con mayor o menor intensidad, en toda la relación de mediación. La relación de mediación posesoria aunque en principio - formada por dos partes con derechos e intereses distintos, no por ello deja de ser como se ha visto, un conjunto de relaciones entrelazadas - entre sí, que se asientan en el común interés que representa la cosa y que por esa razón no pueden dejar de ser ajenas a las influencias de - pretensiones que provengan de terceros, en relación con la misma. Las

(48) (cont.pág. ant.)...disfruta dice que, "Si el poseedor real pretende ocupar la cosa, o la ocupa por su propia voluntad, procederán los interdictos de retener o de recobrar la posesión, sin perjuicio de que en el juicio declarativo posterior se deje sin efecto la sentencia si la negativa al desalojo de la finca era totalmente injustificada".

relaciones que el poseedor mediato puede mantener con terceros son de diferente índole y su manifestación lo puede ser a través de varios conductos. A) Puede señalarse en primer lugar a los Interdictos como una vía de relación que el poseedor mediato puede mantener con un tercero. En efecto, desde el momento en que un sujeto ajeno a la relación de mediación posesoria esgrima una pretensión jurídica — (49) en contra de los derechos de cada uno de los poseedores miembros de dicha relación, el poseedor mediato puede oponerle la defensa interdictal correspondiente. Si dicha acción no prosperase porque el tercero tiene más de un año disfrutando de la posesión correspondiente al poseedor mediato (Art.460, 4º), al ser desplazado de su posesión, el poseedor mediato indudablemente que pierde la posición que como tal poseedor venía manteniendo y consecuentemente los derechos que de la misma derivaba; ello a su vez, motivará también la extinción de la mediación posesoria, pues como afirmaba Casas Martínez, -

(49) Domínguez de Molina, ob. cit., ps. 198-199, expresa: "Si meditamos un poco sobre la naturaleza del ataque a la posesión, se verá que la perturbación o el despojo objeto de la especial protección posesoria, siempre tienen por base una pretensión jurídica por parte del atacante, o se atribuye la pertenencia del derecho atacado o pretende que el ejercicio de un derecho propio le faculta para invadir la esfera del derecho ajeno".- Collín y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Vol. 2º ob. cit. p. 1173, discutiendo sobre el interdicto de retener - al que le asigna el fin de hacer cesar las perturbaciones, dicen que: "No se trata aquí de una perturbación material, por ejemplo, de una agresión o del hecho de un individuo que penetra sin derecho a mi casa, corta mis árboles, arranca mis frutos, rompe mis cristales... Se trata de una perturbación fundada en una pretensión jurídica, es decir, de la pretensión de un derecho que se conduce de tal modo, sea de hecho, sea de derecho, - que manifieste su intención de negar un derecho de posesión por que pretende ser él el poseedor."

siendo el derecho del mediador posesorio nacido a la sombra y como derivación del derecho del poseedor mediato, extinguido el derecho de éste (como tal poseedor mediato) que es la causa originaria de aquél, forzosamente el efecto ha de desaparecer (50), con el consiguiente pago de daños y perjuicios al mediador posesorio. Igualmente habría que concluir en el supuesto de que la cosa fuera vista por un tercero, conforme lo señalaba el propio Casas Martínez (51), quien sostiene que siguiendo el criterio de la legislación común, en el que se dispone que extinguido el derecho del poseedor mediato sobre la cosa ha de extinguirse también el del mediador posesorio, debido a que el evicente no ha de quedar vinculado por los contratos existentes con el mediador posesorio. Y pareciera que ha de ser así necesariamente, pues si conforme al artículo 1475, 1º, del Código Civil, la evicción supone la privación de la cosa, total o parcialmente, es lógico y consecuente con lo que se ha afirmado, en el sentido, de que si la cosa desaparece para los derechos que inicialmente estaban integrados en la relación de mediación posesoria, ésta debe extinguirse por faltarles el fundamento material, punto de incidencia del ejercicio de aquéllos. Es indudable como en el caso anterior, que a consecuencia de la extinción de la relación de mediación, el poseedor mediato quede obligado a sufragar los

(50) Ob. cit. p. 986.

(51) Ob. cit. ps. 984-985.- Beltrán de Heredia de Onis, ob. cit. p.376 sostiene que en el caso de que la evicción se produzca en una relación de arrendamiento, el arrendatario no sufre ninguna alteración en su situación, pues el vínculo entre arrendador y éste no se altera.- Pensamos contrariamente a este autor, que perdida la cosa, qué fundamento habrá en dicha relación para subsistir? Porque, si se proporciona una nueva cosa al mediador posesorio, en realidad parece ser, que lo que se está creando es una nueva relación arrendaticia.

daños y perjuicios ocasionados al mediador posesorio, pues éste es aje no completamente a lo sucedido. Ahora bien, puede ser el evicente consiente en que el mediador posesorio continúe poseyendo la cosa y restablecer de esa manera la relación de mediación anterior. Ello no obstante, aún manteniéndose las mismas cláusulas contractuales iniciales, seguimos pensando que de lo que se tratará sería de una nueva relación de mediación posesoria, pues ha sido necesaria de nuevo, por parte del evicente, de una voluntad expresamente consentida en que la relación continúe, lo que supone a favor del mediador, la reafirmación del derecho derivado por el que poseía la cosa (que supone en cierta forma una forma indirecta y tácita de adquisición), debido esencialmente a que el derecho derivado procedente del poseedor mediato vencido en juicio, se extingue igualmente que con su posición.- B) El poseedor mediato puede derivar relación con un tercero, cuando el mediador posesorio a través de un desdoblamiento de la posesión que él tiene constituye en un tercero, un derecho derivado para que posea la cosa. En este supuesto evidentemente el poseedor mediato no viene a mantener ninguna relación contractual con el nuevo poseedor (52), pues, aunque incluso hubiese sido necesario el consentimiento de su parte para su instauración, es lo cierto que los derechos y obligaciones pactados entre el tercero y el mediador posesorio, no le ligan a tal relación de manera necesaria, debido a que su consentimiento no ha participado directamente. Sin embargo, es indudable que existe un punto común de relación entre el poseedor mediato y el tercer poseedor, por el que válidamente puedan re-

(52) Ver supra Cap. III, Nota 151, donde unos autores sostienen la posibilidad de relaciones de este tipo entre un arrendador y un subarrendatario, mediante el vínculo que une a ambos a través del subarrendador.

lacionarse: ambos poseen la misma cosa; el primero a través de la posesión que ejerce el mediador posesorio sobre la cosa, además de poseer su propio derecho de posesión y el segundo por el ejercicio directo que de la posesión realiza en la cosa. Es entonces en lo tocante a la cosa que ambos entran en relación, por donde el tercer poseedor se encuentra obligado a cuidar de la cosa como "un buen padre de familia", evitándole deterioros y todos los efectos perniciosos que atenten contra la sustancia de la cosa. La sustancia de la cosa, como su forma y su constitución intrínseca, no pueden ser variadas, alteradas ni destruidas por el tercer poseedor, porque desde el momento en que ello suceda, legitima al poseedor mediato a accionar en su contra. Igual situación sucedería con las diversas facultades que el poseedor mediato tiene por el derecho que sustente, para influir e incidir sobre la cosa, y no obstante no existir ninguna relación contractual entre ambos, el tercer poseedor estará obligado a permitirle efectúe el ejercicio de las mismas sobre la cosa, pues, de lo contrario, el poseedor mediato se vería inquietado o perturbado en el derecho de posesión que posee y legitimado en consecuencia a interponer el interdicto respectivo. Podría suceder que el mediador posesorio, en lugar de constituir un derecho derivado de posesión a favor de un tercero, o, por más bien, por ceder su derecho a un tercero, que si bien no ha pactado con el poseedor mediato, viene a ocupar el mismo lugar con las mismas obligaciones y derechos que el mediador posesorio original. En este caso, según parece, en realidad no se opera una verdadera relación con terceros, puesto que lo que ha ocurrido es una sustitución en la posesión, de manera que, la situación posesoria-contratual inicial no ha sufrido ninguna alteración y al igual que el poseedor me-

diato mantenía relaciones con el precedente mediador, las continuará sosteniendo con el nuevo poseedor, pues como se dijo el marco jurídico-legal no ha variado. Y la razón para que ello sea de ese modo, según nos parece es, que como la sustitución se ha operado a nivel del "derecho derivado", o sea, digámoslo en el campo de los efectos, la causa que es el derecho del poseedor mediato se mantiene incólume y de ahí que la situación jurídica no experimente ninguna alteración.

C) En otro supuesto, es posible que el poseedor mediato entre en relación con terceros, cuando el mediador posesorio a quien se le había confiado la cosa, la cede a título oneroso a un tercero (53), por el que éste asume ante la cosa una posición de propietario. En este supuesto, al igual que lo señala el primer párrafo del artículo 464, al devenir el tercero adquirente propietario de la cosa, el poseedor mediato ha perdido la cosa sin posibilidad de recuperarla, con la consecuencia lógica de la extinción de la mediación posesoria (54).

Sin embargo, la propia norma última dispone que el poseedor mediato

(53) Font Boix, ob. cit., p. 1611, dice: "La onerosidad parece un requisito esencial, ya que el criterio de seguridad en la circulación de los bienes que lleva a la adquisición de la AND (Adquisición a non domino) no puede extenderse a la adquisición gratuita, en que, faltando la contraprestación por parte del adquirente, no hay razón para que se sacrifique en su interés el dominus. La transmisión gratuita no puede derivar en una AND".

(54) Melón Infante, ob.cit. ps. 31 a 34, sostiene que si la cosa, en lugar de ser entregada al tercero por el mediador posesorio, lo es por el servidor de la posesión, no obstante no ser éste verdadero poseedor, como su posición encierra una apariencia de titularidad y el tercero de buena fe confía en la misma, dice que - por analógica situación jurídica, cabe acordar a favor del tercero la regla dispuesta por el Art. 464.

podrá recuperar la cosa del tercero en quien se encuentre, siempre y cuando la misma se le haya perdido o hubiese sido privado ilegalmente de ella, o aún, dice el segundo inciso, cuando el poseedor adquirente de la cosa, la hubiese obtenido en venta pública, pero en este caso el propietario, podrá recuperarla siempre y cuando satisfaga el tercero el precio dado por ella. En estos supuestos de pérdida y posterior recuperación de la cosa, cabría preguntarse, qué ha sucedido en el interim con la mediación posesoria? Si la pérdida o privación ilegal se ha prolongado por más de un año, parece que inexorablemente la posesión se pierde por imperio del artículo 460, 4º. Si antes del cumplimiento de dicho período la cosa se recupera, porque los derechos de ambos poseedores se encuentran vigentes, como ya se dijo, la mediación no sólo se ha logrado mantener, sino que continúa. En el supuesto de que el poseedor mediato deba de sufragar el precio que ha debido de pagar el tercero de buena fe al adquirirla en venta pública, parece ser que la mediación posesoria se ha extinguido al desaparecer la cosa y mantenerse en poder del tercero, pues lo anterior indicaría que los derechos de ambos poseedores al ser incapaces de recuperar la cosa, han debido de extinguirse y de ahí que el poseedor mediato esté obligado a satisfacer el precio pagado para su recuperación. No obstante, en aquellos casos de entrega de la cosa por el mediador posesorio a un tercero que no se sitúen en los supuestos señalados, no cabe duda que el poseedor mediato podrá defender su posesión a través del interdicto, pues como dice Vallet (55), a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, en tal caso, el

(55) Ob. cit., ps. 588-589.

poseedor mediato se encuentra protegido por el art. 463 en relación con el 446, pues de esa manera quedan claramente delimitadas las esferas posesorias de cada poseedor, en donde ninguno tiene autorización para inmisiones en el terreno del otro, pudiendo pues generar - su propia defensa desde el nivel en que se encuentre. D) Por último, es posible que el poseedor mediato entre relación con un tercero a través de la venta que de la cosa haga. En realidad, en este caso, la relación vendría a constituirse únicamente en el momento en que se consienta el traspaso, pues luego, lo que sucedería es que el nuevo poseedor sustituye al anterior. En principio, como se afirmó, al igual que en el caso de la evicción, la venta de la cosa trae como consecuencia la extinción de la mediación posesoria, pues extinguido el derecho del sujeto que originariamente la había otorgado, ésta también indefectiblemente también se extingue. De esa manera, por ejemplo, lo dispone el artículo 1571, cuando dice que el comprador de una finca que se encuentre en arrendamiento, tiene derecho a que termine el mismo. No obstante, a esta disposición general en materia de arriendo, se le pueden señalar dos excepciones: una, por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando dispone que el contrato se prorrogara aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones, lo que es criticado por Ginot - Llobateras porque dice, que técnicamente no se trata de una prórroga, "sino el de una imposición de un contrato... al adquirente..." (56). La otra, vendría dada mediante un pacto realizado entre vendedor y comprador, por el que el último se compromete a mantener exis

(56) Ob. cit., p. 1212.

tente la relación de mediación posesoria establecida, por lo que se formaría en realidad una subrogación al estimarse que el comprador es un sucesor del vendedor en dicha obligación (57). En estos supuestos últimamente citados, como ellos mismo lo predicán, la mediación posesoria se mantiene vigente, sin que el mediador posesorio sufra mengua alguna en su derecho y más bien como afirma Morales Moreno - "Cuando el transmitente sea poseedor mediato, la eficacia posesoria de la escritura se circunscribe a tal tipo de posesión y frente al poseedor inmediato, el adquirente asume la situación que tuviera su causante... La presentación de la escritura impone al poseedor inmediato el reconocimiento del nuevo poseedor superior... Aunque el mediador posesorio desconozca la transmisión y siga poseyendo para el transmitente, esta posesión aprovecha al adquirente, porque trae causa de aquél". (58). En abono a lo aquí expuesto parece de interés señalar, que la relación de mediación posesoria se constituye desde un principio desde un plano eminentemente particular, en donde entran en juego derechos subjetivos, derechos que han sido transmitidos a título singular y que, debido a ello, como ya se adelantara supra página 161 ss, al momento de desaparecer el sujeto que los constituyó, los derechos derivados se extinguen y desaparecen la mediación posesoria, porque el fundamento jurídico-causal de ésta también ha desaparecido. De ahí la necesidad de que si se desea la permanencia de dicha relación, en los supuestos de venta de la cosa, sea necesaria una Ley que imponga un contrato preexistente al adquirente, en el primer caso, ó

(57) Moreno Mocholi, ob. cit. p. 39.

(58) Ob. cit., ps. 279-280.

que éste (el adquirente), consintiendo con su vendedor, acceda a continuar en la relación; pero en ambos casos, nótese que la causa jurídica que mantiene existente y vigente la mediación posesoria, es por decirlo así, preexistente o anterior a la propia mediación posesoria, lo que condiciona que ésta pueda continuar y mantenerse en su derecho derivado, precisamente porque la causa jurídica "nueva" (el nuevo adquirente) no llega a imponerse sobre dicha relación, como si - ocurre en la evicción. Véase entonces, que el principio de causalidad jurídica se mantiene invariable y que si en algunos casos sufre mengua, lo es, como ya lo dijimos, por elementos impuestos a la relación que eliminan la causa original y la sustituyen por una nueva. Ahora bien, por qué razón en el supuesto de cesión de los derechos - que el mediador posesorio realiza a un tercero, no se opera una ex-tinción de la relación de mediación posesoria, pues en el fondo las situaciones jurídicas son semejantes al venirse a sustituir un sujeto por otro? Simplemente parece y como reiteramos, que lo es debido a que los derechos que el cesionario adquiere, por ser de la misma índole que los tenidos por el mediador posesorio cedente, o sea que son derivados, limitados y más débiles que los que tiene el poseedor mediato, razón por la que no tienen el vigor jurídico suficiente para enervar la relación jurídica establecida, que continúa manteniéndose, porque los derechos en poder del poseedor mediato son la causa de su existencia, la mantienen vigente y a la vez permiten que - el mediador posesorio de alguna manera pueda permanecer en dicha relación (59), aunque sustentando una relativa independencia respecto

(59) Wolff, ob. cit., p. 56, expresa que el derecho del poseedor mediato es fuente del derecho del poseedor inferior y su extinción favorece la del poseedor inmediato.

al modo de producirse como poseedor en la mediación posesoria de que se trate... El efecto, que en este caso lo constituye la mediación posesoria, no es capaz por sí mismo de volverse contra su propia causa y hacerla desaparecer, por lo que en consecuencia la mediación posesoria, pese a que un tercero se ha incorporado en ella, mantiene las mismas relaciones con el poseedor mediato y despliega idénticos efectos posesorios como lo hacía el mediador posesorio cedente.

2. RELACIONES DEL MEDIADOR POSESORIO

A) Al igual que el poseedor mediato, el mediador posesorio a través de los interdictos también logra entrar en relación con terceros en forma más inmediata por tener directa y actualmente la cosa objeto normal de las perturbaciones y expolios que los terceros dirigen bajo el fundamento de una pretensión jurídica. El problema apenas si resulta mencionable, puesto que lo dicho para el poseedor mediato en lo tocante a este punto, puede aplicarse también para el mediador posesorio; este, en contra de cualquier perturbación o despojo, se encuentra legitimado para dirigir el interdicto contra el autor de tales hechos (60). Sin embargo, cabría preguntarse en un caso de despojo, en -

(60) Josserand, ob. cit., ps. 72-73, dice que el detentador en Francia (equivalente al mediador) frente a terceros no está investido de las acciones posesorias que se le reconocen en Derecho alemán. Únicamente tiene como recursos contra la expoliación: a) La reintegración que la jurisprudencia le concede, pero esta acción constituye una desposesión violenta; b) En caso de inquietación, el detentador puede volverse hacia aquel de quien recibió la cosa y reclamar, por aplicación del contrato, la protección de su posesión.

el que el despojante entregara o cediera la cosa a un tercero, hasta dónde sería posible la efectividad de la acción posesoria de recuperación. El artículo 1652 de la Ley Procesal dispone que el interdicto - ha de interponerse contra la persona que ejecutó los actos de despojo o contra quien los mandó a ejecutar: ese sería el sujeto pasivo de la acción. Pero resulta que establecida la acción y dirigida contra el - despojante, ya éste no tiene la cosa, sino que la posee un tercero - que no ha intervenido en los actos de expoliación. En tal situación, la sentencia se volvería inocua, pues el condenado a restituir la cosa no lo puede hacer por no encontrarse en su poder y el que la posee no ha podido ser demandado por falta de interés legítimo al no ser su sujeto pasivo de la relación. Un inmediato razonamiento del caso desembocaría en la necesaria conclusión de que, puesta la cosa en la condición de irrecuperable, la mediación posesoria se extinguiría. Claro - que habría que pensar también, que el poseedor mediato tiene a su haber (por lo menos el que posee en concepto de dueño o es propietario), el remedio reivindicatorio que bien podría entrar en la recuperación de la cosa (61). Pero la cuestión sería la de plantear, si desde la - perspectiva puramente posesoria el problema tiene solución, pues de no ser así, habría una fácil escapatoria para todos los despojadores, que queriendo conservar la cosa, la traspasan a un tercero, para bur-

(61) García Valdecasas, La Poesión Incorporal del Despojado... Rev. - Der. Priv. May-Jun. 1946, p. 422, habla de la posibilidad de que el poseedor despojado interponga juicio ordinario alegando su de recho a la posesión corporal, fundándose en la posesión incorporal que le brinda el art. 460, 4º, con el objeto de lograr la recuperación de la posesión.

lar los efectos de la acción judicial correspondiente. La doctrina ha entendido que en un supuesto semejante, cabe extender el interdicto - contra cualquier tercero, que a sabiendas sobre la procedencia de la cosa, la recibe directa o indirectamente del despojador; sin embargo, quedaría excluido el tercero, que ignorante del despojo, adquiriere - de buena fe la posesión de la cosa. (62). García Valdecasas, en el trabajo antes citado, después de plantearse algunos problemas jurídico-doctrinales sobre el tema, agrega que la ley (art. 1651 y 1652 de la LEC), dispone que el sujeto pasivo de la acción lo sea el que despojó o mandó realizar el despojo, más dichas normas, no obligan a que éste deba de permanecer en la posesión de la cosa, por lo que obligándose al demandante nada más que a probar su posesión anterior y el despojo, no existe traba alguna para interponer la acción posesoria contra el despojante aunque éste carezca de la cosa. Por otro lado, continúa razonando el autor citado, el artículo 1658 párrafo 2º de la Ley Procesal dispone que en la sentencia que acoja el interdicto, se dispondrá la inmediata reposición del despojado en la posesión de la cosa y se condenará al pago de daños y perjuicios al despojante, lo que en cierta medida hay que interpretar - dice -, en que a sabiendas de que el despojante no tiene la cosa, la sentencia siempre obliga a una reposición de la cosa a manos del despojado, medida que hay que entender, - separada de la condena de daños y perjuicios que recae directamente - sobre el despojante, que dicha reposición ha de llevarse a efecto en todo caso, aún encontrándose la cosa en poder de un tercero no deman-

(62) Ríos Sarmiento, ob. cit., p. 26.

dado e ignorante de la expoliación. En dicho caso, continúa, la sentencia pareciera justa si el tercero conocía el despojo, pero aún pareciéndolo injusta contra el que desconocía la situación anómala de despose—sión, habría que mantener siempre la solución antes dicha, porque, si - el tercero mencionado hubiese sido demandado, las pruebas que habría po—dido esgrimir son tan escasas (arts. 1656 y 1652), que realmente no es—taría en ninguna posición ventajosa y si a ello se agrega que, como es él el único a quien se privará de la cosa para rep—oner en ella al despo—jado demandante, en realidad el principio de ser condenado sin haber sido oído en juicio no ha sido infringido, porque como dice dicha sentencia, el único condenado lo ha sido el despojante y no el tercero, razón por la que le quedan abiertas las puertas para el juicio plenario en reclamo de su derecho. Y termina su argumentación diciendo: "Pero sin du—da el argumento más fuerte nos lo suministre el artículo 1658, párrafo 3º, de la Ley de Enjuiciamiento civil. En la sentencia que declare haber lugar al interdicto se contendrá la fórmula "sin perjuicio de tercero", y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente. Por consiguiente, aunque el tercer poseedor haya sido privado de la posesión al ejecutarse la sentencia del interdicto, siempre podrá reclamar en juicio ordinario la posesión si se cree asistido de mejor derecho a la posesión que el despojado, como, por ejemplo, la propiedad. Incluso podrá reclamar también en juicio ordinario la nulidad del interdicto, fundándose en alguna de las causas que pueden determinar ésta, tales no hallarse el interdictante en la posesión, haber entablado el interdicto después del año, etc.". (63) Contra tal criterio

Ríos Sarmiento, además de indicar, que aunque se comprenda que sea poca la prueba que el tercero puede esgrimir en su defensa en el supuesto de que se dirigiese el interdicto en su contra, sería posible pensar siempre, que la misma lo fuera lo suficiente como para que no prosperase la demanda y aunque no se dijese que se le condenaba en la sentencia, hay que entender, que lo cierto es que contra él se ejecuta la misma; pero, además, "como la ley no exige que el despojante tenga pleno conocimiento jurídico de lo que hace, sino que exige tan sólo que el demandante haya sido despojado de la posesión y que el despojo no haya durado más de un año, entendemos que para estos efectos tan despojante es el que lo hizo primero como el que lo hizo después, y que, dentro de las circunstancias exigidas por la Ley, es decir, antes de que el poseedor primero - el demandante - haya perdido su derecho, se puede demandar a los dos despojantes o solamente al segundo de ellos, que es el que actual e ilegítimamente tiene la posesión..." (64). El argumento que al parecer resuelve la cuestión planteada, es el que señala García Valdecasas y nos suministra el párrafo 3º del Art. 1658 de la Ley Procesal, al imponer que la sentencia que se dicte en el interdicto lo es sin perjuicio de tercero, porque, incluso, desde esta específica disposición, podría bien fundarse la reposición al despojado de la cosa de quien la detente, al concederle a éste el margen de recurrir juicio ordinario en discusión del derecho que posea, aunque previamente haya tenido que entregar la cosa. Pero hay, además, o al menos pare

(63) Ob. cit., p. 421.

(64) Ob. cit., p. 27.

ciera surgir de tal forma de resolver la cuestión planteada, el de dar o conceder en forma un poco velada, cierto carácter real al derecho de posesión y aunque éste no esté reconocido legalmente como tal, es lo cierto que por lo menos desde el ámbito doctrinal se le reconocen las características propias de aquél, al estimarse que es participe tanto de la potestad o poder interno de dominación de una cosa, como el deber externo de abstención general que se pronuncia *erga omnes*, para intervenir en la cosa que se encuentre en poder de otro, ó, a su vez, el de poder accionar directamente contra cualquiera que posea la cosa - (65), pues con la fórmula "sin perjuicio de terceros", se está aludiendo a cualquier derecho e incluso a la propia tenencia de la cosa que se encuentre en poder de terceros, lo que por último daría claro entendimiento, al disponerse que el despojado ha de reponérsele inmediatamente en la posesión de la cosa. De ahí entonces la factibilidad de que dicha reposición pueda hacerse desde cualquier tercero que posea la cosa, pues al a vez se le está garantizando por la vía plenaria, el que pueda hacer valer posteriormente el presunto derecho que eventualmente tenga sobre la cosa. Hay a nuestro juicio un argumento más en apoyo de la solución antes expuesta, que parece surgir del propio ordenamiento jurídico de la posesión, como repulsa a los actos de desposesión -

(65) Hernández Gil, Algunos Problemas..., Ob. cit., ps. 610 a 613, - Savigny, Ob. cit., ps. 5-6, refiriéndose a que todas las definiciones de la posesión tienen como base un punto de partida, apunta - el mismo como aquel que "todos reconocen en la posesión de una cosa aquel estado en el cual no sólo es físicamente posible el poseedor ejercer su influencia en la cosa poseída, sino también impedir toda influencia extraña".

violenta o ilícita y que por una interpretación analógica - aunque un poco forzada-, se deja entrever que en la mente del legislador existía un común denominador al regular esta clase de materias. Y nos referimos concretamente al artículo 464 del Código Civil. Si bien se debe partir que evidentemente el legislador quiso dar un tratamiento distinto al regular la materia correspondiente a los bienes muebles e inmuebles, tal vez merecedora de la misma por la índole esencial de cada uno de ellos, en lo tocante a la recuperación de las cosas, cuando éstas lo hubiesen sido como consecuencia de un despojo ilícito, nos parece que existe cierto hilo uniforme de soluciones en ambos casos. El artículo 464 citado dispone que "La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, - podrá reivindicarla de quien la posea..." Si bien por el primer inciso se consagra una forma de obtención del título de propiedad sobre una cosa mueble, en el inciso siguiente, a través del concepto "Sin embargo", se ofrece una restricción al amplio concepto contenido en el primer inciso; o sea, que pese a que se consagra con carácter universal la obtención de la propiedad de una cosa mueble, cuando ésta se adquiere de buena fe, es lo cierto que dicha adquisición no se opera, cuando la misma se ha realizado a través de la cosa se ha perdido o se haya presentado una privación ilegal de la misma, del poder del sujeto en que la misma se encontraba. Esos son los términos más o menos expresados por Hernández Gil cuando dice: "En tanto no quede excluido lo enunciado en primer término (se refiere a los dos incisos del art. 464 a que nos venimos refiriendo), aquello tiene lugar es precisamente lo contrario o contrapuesto al contenido del segundo enunciado. Y

si este segundo enunciado dice, dentro de la unidad temática y en coor
dinación adversativa-restrictiva con el primero, que "el que hubiera -
perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, po
drá reivindicarla de quien la posea", se obtiene como derivado y corre
lato que la facultad de reivindicación reconocida en las dos hipótesis
contempladas - pérdida y privación ilegal - sólo se da dentro del ámbi
to así de limitado" (66). Ahora bien, el concepto de privación ilegal,
como bien lo ha resaltado el propio Hernández Gil (67), se refiere al
Hurto o Robo que de la cosa se haga, o sea, a dos formas ilícitas de -
apropiación que contienen en sí mismas, un despojo sin o contra la vo-
luntad del poseedor, que serían también los dos casos contemplados por
el artículo 460, 4º, cuando dice que la posesión de una cosa se pierde
"... aun contra la voluntad del antiguo poseedor...", lo que quiere -
significar también que lo es "sin la voluntad" de dicho poseedor. Pues
bien, si el artículo 464 párrafo 1º arbitra que podrá reivindicarse la
cosa de quien la posee (y habla de reivindicación porque en el primer
inciso se concedía la propiedad de la cosa), cuando de la misma se pri
va ilegalmente al poseedor (por Hurto o Rob), es porque se tiene con-
templado el caso de que la cosa ha de retornar a poder del antiguo po-
seedor, de manos, ya sea del despojante, o de cualquier tercero que a
ese momento la tuviese. Aunque dicho artículo 464 en los posteriores -
incisos dispone ciertas restricciones al antiguo poseedor, para recupe
rar la cosa del poder de los terceros, lo significativo de la norma es

(66) Nuevas Perspectivas para la Interpretación..., Ob. cit., p. 31.

(67) Nuevas Perspectivas para la Interpretación..., Ob. cit., p. 33,
in fine.-

la consagración por su parte, de que en aquellos casos de despojo sin o contra la voluntad del poseedor, éste puede dirigirse contra cualquiera que la posea a fin de reivindicarla. Llevada esta forma de disponer la Ley en los casos de bienes muebles, al despojo de bienes inmuebles, se desprende que la interpretación que apoyamos en García Valdecasas y del que se desprende que la interpretación que apoyamos del párrafo 3º del artículo 1658 de la Ley Procesal, aparece fuertemente arraigada, no sólo en razonamientos de carácter lógico y de equidad, sino que también puede bien desprenderse del espíritu que informan otras normas y, en última instancia, el ordenamiento en general, que dispone en diversas normas el rechazo al despojo y la restauración de la posesión de la cosa a poder del poseedor que gozaba de ella al momento del expolio. Por último, respecto al argumento sostenido en Ríos Sarmento, en el sentido de que el interdicto deba de serle dirigido también al tercero, porque además de que podría esgrimir en su defensa alguna prueba, es lo cierto que él también es despojante, su estructura es sumamente endeble desde el punto de vista técnico-procesal, pues el artículo 1652 de la Ley Procesal dispone claramente que el interdicto ha de dirigirse únicamente contra el despojante o contra el que ordenó el mismo, pero no contra un tercero que no ha intervenido en tales acciones y que, incluso, puede aún desconocerlas por completo. Estimar, por otra parte, despojante al tercero, aun en el supuesto de que conozca el despojo, es del todo impropio procesalmente y a lo sumo creemos nosotros, podría exigírsele una responsabilidad de carácter extracontractual por dolo o culpa, incluso hasta de índole penal, pero no legitimándolo pasivamente, porque de la situación jurídica en que él se encuentra, no puede arrancar una participación en el proceso.-

B) Es posible también, al igual que el poseedor mediato, que el mediador posesorio entre en relación con terceros merced a una gradación de la posesión que se opere por debajo del nivel posesorio por él ocupado. Así podría ocurrir con un usufructuario, que habiendo entregado la cosa en arrendamiento, a la vez la misma sea dada en subarriendo, el subarrendatario la da en comodato y éste la entrega en depósito. Es indudable que la serie de mediadores no han podido relacionarse contractualmente todos entre sí; sin embargo, como el común de los derechos inciden en la cosa, es a través de ella que es posible aunque sea una mínima relación entre ellos, debido a que cada derecho da específicas facultades de actuación sobre la cosa y en esa interrelación de actuaciones sobre dicho objeto, ha de ofrecerse la posibilidad de relación por el común interés compartido por todos, por ejemplo, en conservar la forma y sustancia de la cosa, no deteriorándola, etc. y por la recíproca posibilidad que se ofrece también a todos, de exigirse entre sí las responsabilidades que deriven del incumplimiento de dichas obligaciones.

C) Puede darse el caso en que el mediador posesorio tenga que discutir el derecho que disfruta, con un tercero que tiene una pretensión contraria de disfrute a la que él posee. Es el caso señalado por Beltrán de Heredia de Onís, como el legítimo de evicción en el arrendamiento, en el supuesto de una doble contratación en tal sentido. En este caso, participaría desde luego el poseedor mediato autor de la doble contratación, en calidad de citado de evicción. Pero, aparte de las diferencias existentes que lógicamente han de plantearse en defensa del derecho de cada uno, lo que si parece posible que suceda es, sea el resultado obtenido por cualquiera de los litigantes, que la mediación posesoria ha

de mantenerse, aun en el supuesto de prosperar la evicción, pues como se dijo supra página 173, loque vendría a ocurrir sería una sustitución en el derecho derivado disfrutado por el poseedor desplazado, - quien a lo sumo, tendrí el derecho a que se le cubran las indemnizaciones señaladas por el artículo 1478 del Código Civil, por parte del mediador posesorio.

3. DEFENSA TOTAL DE LA POSESION POR EL MEDIADOR POSE- SORIO

Se ha visto que el mediador posesorio tiene poder para interponer los interdictos contra terceros que perturben su posesión o que le despojen, poder, que se extienda aun contra el poseedor mediato en - idénticas circunstancias. La cuestión que ahora se plantea lo es en el sentido de ver, si ese mismo poder que el mediador posesorio tiene para proteger su posesión en los casos dichos, es capaz de abarcar la de fensa total de la posesión de la cosa, o sea, la que tanto él tiene, co mo la que disfruta en su derecho el poseedor mediato. El poder que hemos señalado hasta ahora en el mediador posesorio para interponer in-- terdictos, lo ha sido en defensa y protección de su posesión particular ya sea ésta de usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, etc. Pero, podría igualmente hacerlo tratándose del conjunto de dere-- chos que recaen sobre la cosa, provenientes, no sólo de su posesión, sino de la que sustenta el poseedor mediato? En principio, sin haberse constituido la mediación posesoria, todos los poderes y derechos - que pueden tenerse sobre una cosa, se concentran en el propietario o en el poseedor en concepto de dueño; así lo dispone el artículo tantas ve

ces citado 348 del Código Civil y también se proclama por el artículo 264 del Código Civil de Costa Rica que, "El dominio o propiedad absoluta sobre una cosa comprende los derechos: 1º. De posesión.- 2º. De usufructo.- 3º. De transformación y enajenación. 4º. De defensa y exclusión. Y 5º. De restitución e indemnización." Pero una vez que la mediación posesoria se constituye, como se ha señalado supra páginas 143, ss. , se opera en este derecho pleno del dueño una fisura o intersticio, por así decirlo, por donde van a emanar parte de los poderes y derechos que inicialmente tenía sobre la cosa, con el fin de ser entregados al mediador posesorio para que éste pueda poseer la cosa, de acuerdo con las mencionadas facultades contenidas en dichos derechos. De tal manera que merced a esa apertura que del derecho matriz se realiza, pueden resultar poseedores sobre la cosa con derechos de usufructo, arriendo, comodato, depósito, etc. Cada uno de estos poseedores tendrá a su haber el interdicto respectivo para defender su especial posesión, derivado propiamente por el hecho de ser ante todo poseedores de la cosa, que pueden usar contra terceros o contra el mismo propietario de la misma (68); y si ello es así, cabría preguntarse

(68) Rodríguez Solano, La posesión como objeto de los Interdictos..., Ob.cit., p. 357, in fine, sostiene, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1775, del Código Civil, por el que el propietario puede solicitar discrecionalmente del depositario le sea devuelta la cosa, aunque el contrato haya fijado un plazo distinto, no puede éste último utilizar el interdicto contra el depositante. En cuanto a que no pueda utilizar dicha acción el depositario contra el depositante, mostramos conformidad con dicho autor, pero diferimos de su planteamiento en el sentido de que, no es que dicha norma prohíba el uso del interdicto, sino más bien que del juicio contenido en la misma, no se desprende que una ne

dentro de la gradación de posesiones mediadoras últimamente nombradas, si es posible por parte del depositario defender la posesión que sustentan el resto de los poseedores que se sitúan por encima de él y con diferentes derechos ~~can~~ uno? El derecho que el depositario tiene sobre la cosa se circunscribe, según los artículos 1758, 1766 y 1770 del Código civil, a guardar y conservar la cosa y a restituirla con todos sus productos al momento en que deba de hacerlo; su derecho no abarca más allá de la conservación de la cosa en su integridad, al punto que si quisiera usarla o servirse de ella, además tener que solicitar el respectivo permiso (Art. 1767), si lo obtuviese, ya dejaría de ser depositario para convertirse en comodatario (Art. 1768). De tal manera que, como un campo tan reducido de acción posesoria, porque su derecho no le permite más, podría acaso interponer un interdicto contra un ter cero que impida al usufructuario, por caso, inspeccionar la cosa, reco ger los frutos reservados a su favor o realizar cualquier reparación ó

(68) (cont.pág. ant.) ...gativa de parte del depositario a hacer entre ga de la cosa, puede constituirse en perturbación o en despojo, si nó que entendemos, que a lo que se refiere el artículo dicho, es al ejercicio de la pretensión de entrega o devolución por parte del poseedor mediato. En caso de negación, el poseedor mediato tend ría que recurrir a la vía respectiva (no interdictal), para obtener la devolución correspondiente. Piénsese, por ejemplo, que el depositario bien puede retener la cosa al tenor del artículo 1780 ibí dem, hasta que se le paguen las sumas adeudadas en razón del depósito. Y más bien, como respuesta a la negativa del deposi tario a hacer entrega de la cosa, el depositante lo despoja de la misma, aquél estará legitimado para la interposición del respec tivo interdicto, por lo que siempre se mantendría la regla que he mos sostenido, de que el mediador puede interponer el interdicto aun contra el propio dueño de la cosa.

mejora de la cosa? La fuerza de los hechos expuestos nos llevan necesariamente a la conclusión negativa: el depositario no puede estar legitimado para defender derechos posesorios que se sitúen más allá, - que los que él mismo tiene sobre la cosa en su poder. Lo distinto de su derecho (en su contenido) y el ámbito de acción tan reducido en que se realiza el mismo, le impiden extender la esfera de su propia protección, a otros derechos que recaigan sobre la cosa y que se sitúen por encima del suyo. Y lo propio ocurriría con el resto de los poseedores mediadores situados a escalas diferentes, sólo que haciendo la salvedad, que, al parecer, la lógica impone, que conforme se asciende por los diferentes niveles posesorios, al existir un ensanchamiento de los poderes del mediador, debido a la índole de su derecho, es posible suponer que las facultades de incidencia jurídica en el ámbito total de la posesión sobre la cosa, sean mayores, desde luego, a los niveles posesorios que se sitúen por debajo del derecho que se trate, lo que traerá como consecuencia que el ámbito posesorio inferior, podrá ser defendido desde ese nivel, pero sin que lo pueda extender, hacía los que se encuentren por encima de él. De esa manera sería posible entender, que el usufructuario, al tener un radio de acción mayor en la posesión de la cosa, porque su derecho consta de más facultades que otros mediadores que se encuentran por debajo de él, tendrá la posibilidad de defender un campo mayor de posesión, que venga a cubrir no sólo su posición, sino las de aquéllos que se encuentren por debajo de él, de acuerdo con el derecho que sustenten. La cuestión podría plantearse en el supuesto por ejemplo, que la perturbación del tercero, tenga calidad exclusiva únicamente con el derecho de un mediador posesorio por debajo del usufructuario, por ejemplo, el del arrenda-

tario; sería posible, en un caso semejante que el usufructuario pudiera defender la posesión del arrendatario? Estimamos que sí, porque, teniendo el derecho del arrendatario la calidad esencial del derivado, al perturbarse al arrendatario en cualquier ámbito, en que su derecho se desenvuelva, se perturba también el derecho del usufructuario, porque como existe una dependencia en última instancia del derecho primero con relación al segundo, cualquier acción o inacción del derecho del mediador posesorio ha de repercutir en el derecho del poseedor mediato, por la conexión jurídica que existe entre ambos a través de la relación jurídica establecida. Lo anterior nos lo confirman Pérez González y Alguier, quienes buscando la forma en que se determina la protección posesoria acordada para todo poseedor por el art. 446, referida a la del poseedor mediato, expresan que si ésta es aquella que se establece a través de que otro sujeto posea directamente la cosa, "... es evidente que si uno posee por medio de otro (poseedor inmediato), toda lesión posesoria inferida a éste (en su posesión inmediata) es a la vez lesión de la posesión mediata. Si ésta ha de ser protegida, la consecuencia natural de semejante propósito será la posibilidad de que el poseedor superior entable los interdictos para ser amparado o restituído en su posesión mediata, o lo que es igual, para que se ampare o restituya al poseedor inferior en su posesión inmediata". (69). De tal manera que se debe concluir, que el mediador posesorio no se encuentra legitimado, por el derecho que sustenta, para defender desde su posición la posesión total de la cosa, que comprenderían todos aquellos derechos que estén en poder

(69) Ob. cit., p. 121.

de los poseedores existentes, en una escala que iría desde el propietario o poseedor en concepto de dueño, hasta el poseedor inmediato-med_udiador de que se trate. Debiendo quedar claro, que la defensa de la cosa desde cualquier posición, no supondría de por sí, la defensa de los derechos que recaigan sobre la misma, porque, si bien todos los derechos se nutren con la posesión de la cosa, no siempre una perturbación en derecho determinado, supone la correlativa en derecho superior.

4. DEFENSA TOTAL DE LA POSESION POR EL POSEEDOR MEDIA TO

Se ha señalado líneas atrás que conforme se asciende en la escala posesoria que estructura la mediación posesoria, de esa misma manera se van ensanchando las facultades contenidas en los derechos de cada poseedor, que jerárquicamente ocupe posiciones de mayor rango posesorio, lo que permite a cada uno de dichos poseedores, un más amplio campo de acción jurídica sobre la cosa. Ello conlleva la posibilidad, como se comprenderá, de que a más facultades y derechos que disponer, mayor y más amplia será la posibilidad de protección de tales derechos posesorios y de la posesión en general. Pese a que el propietario o dueño de la cosa, en la estructuración de la mediación posesoria, ha tenido que desprenderse de determinados derechos y entregarlos al nuevo poseedor conjuntamente con la cosa, lo que supone una restricción de sus facultades posesorias, es indiscutible que en la escala posesoria, es el poseedor con mayor poder y facultades, pues además de conservar el derecho a poseer la cosa desde su posición mediata (que le

permite, como se ha visto, una serie de actividades e intervenciones en la cosa), conserva a su haber otros derechos que le depara el absoluto de propiedad, como el de enajenación, restitución, etc., que le confirman en la cúspide de la gradación. Esa preponderancia de su posición hace que pueda tener bajo su esfera de acción y poder, todas las incidencias que ocurran desde cualquier nivel sobre la cosa, pudiendo intervenir incluso, ante poseedores de la cosa que no hayan formalizado ninguna relación contractual con él. Ante ataques a la posesión y a la cosa, cuenta como se señaló con los interdictos para interponerlos contra terceros y contra cualquier poseedor mediato-mediator y el inmediato, que traten de perturbar su derecho o despojarlo de la cosa. Ello hace, que pudiendo defender su posesión perturbada por cualquier sujeto, pueda a la vez proteger a la posesión de los poseedores que por debajo de él se encuentren, pues como se dijo, un ataque a la posesión del mediador posesorio, lo es también a la del poseedor mediano y con mucha mayor razón, si éste es el propietario o el dueño de la cosa, por converger en él, todos los derechos que puedan acumularse sobre una cosa. Por eso se dice por el artículo 1559 del Código Civil que el arrendatario (lo que bien puede extenderse a todos los demás mediadores posesorios) está obligado a poner en conocimiento del propietario, todas las novedades dañosas o usurpaciones que se sucedan en la cosa, como pretensiones jurídicas de terceros en general, a efecto de que éste proceda a interponer las acciones posesorias que fueren del caso, porque de esa manera, al defender su derecho, también defiende el derecho del arrendatario, para quien está obligado según el artículo 1554 a mantenerlo en su posesión (70). Pero, además, el poseedor mediano en concepto de propieta

(70) Domínguez de Molina, ob. cit., ps. 208-209

rio puede intervenir en la protección de la posesión del mediador posesorio, cuando éste sufra ataques a su posesión y de esa manera defienda también la suya, debido a que "no sería justo que su defensa quedara sometida al arbitrio del arrendatario cuando éste permanezca inerte o pasivo en el ejercicio de su derecho..." (71). Por último, para sintetizar el poder de defensa total que tiene a su haber el poseedor mediato en concepto de propietario o de dueño de la cosa, de la posesión en la mediación posesoria, así como recalcar la limita—ción que en ese sentido le apuntamos al mediador posesorio, transcribiremos textualmente unos conceptos emitidos por el autor De Diego Lora, que consideramos del todo atinados en la materia desarrollada líneas atrás: "Tanto unos como otros - se refiere al poseedor mediato y al mediador posesorio - están legitimados para defender la inmediata posesión misma, aunque sea por el poseedor mediato, ya que la posesión inmediata se fundamenta y encuentra el apoyo de su existencia, en la del poseedor mediato, que está obligado además, en virtud de la relación jurídica concreta, a mantener al poseedor inmediato en el goce pacífico de esta posesión. No ocurriría igual en el caso de que se viera amenazada o despojada la posesión mediata, en cuya hipótesis únicamente el poseedor mediato sería legitimado para pretender su tutela, ya que el inmediato solo tiene una posesión derivada de -aquella y no puede obtener más tutela que la que se refiere a esta -posesión concedida que ostenta". (72).

(71) Rodríguez Solano, ob. cit., p. 347.

(72) Ob. cit., Vol. 2º. p. 122.

III. LA AUTODEFENSA DE LA POSESION POR AMBOS POSEEDORES

Sumario: 1. Bosquejo doctrinal sobre la autodefensa.- 2. Autodefensa por el poseedor mediato. 3. Autodefensa por el mediador posesorio.

1. BOSQUEJO DOCTRINAL SOBRE LA AUTODEFENSA

La legítima defensa de los derechos de la persona contra los - ataques injustos y violentos de otra, es de los temas tratados invete- radamente por todas las legislaciones, pues, además de constituir la misma una realidad social constante, podríasele considerar en cierta medida, un paso de transición entre la aceptación del empleo de la - fuerza bruta para imponer derechos subjetivos y la conducta normada jurídicamente en la regulación de dichos derechos, tomando como funda- mento la circunstancia indiscutible de que en toda convivencia social actos de esa clase, siempre tienen su aparición. Legislaciones y doc- trinas se encuentran divididas en la concepción y tratamiento de la - figura en cuestión, pues mientras para unas y otras, la misma no pue- de tener autorización ni vigencia legal, para sus opositores, su exis- tencia es garantía del respeto de los derechos ciudadanos y consecuen- cia de un ordenamiento jurídico amplio y consecuente con la propia - realidad que regula. Mientras los primeros sostienen que tanto la - atribución del ejercicio de un presunto derecho que un sujeto reclame para sí, como la defensa y protección de dicho derecho, han de canali- zarse a través de las vías legales preestablecidas, los segundos con- sideran que en determinadas circunstancias la justicia y la seguridad arbitradas por conducto de las normas legales, se constituyen insufi-

cientes y tardías para la reparación de los daños que una agresión ilegítima causa, que bien pueden evitarse por medio del empleo de fuerza actual en rechazo de la lesión que se pretenda infringir. Así condensando esas dos an las corrientes se argumenta en favor de la primera, que contra un ataque al derecho o posesión que un sujeto tenga, éste por propia autoridad no puede reaccionar en su rechazo, porque tales actuaciones podrían originar males mayores contraproducentes al orden público y a la paz social y se agrega: "De aquí que para los particulares víctimas de parturbación o de despojo la necesidad de acudir al juicio posesorio es absoluta (...); sin que ni siquiera pueda sostenerse que por vía de legítima defensa quepa derogar esta regla" (73). Por la segunda se dice: "Nadie duda que el sistema de defensa privada de los derechos privados tiene supervivencias reconocidas en cuerpos legales positivos y un fuerte arraigo en la conciencia jurídica popular, pues es lógica y humana la reacción justa frente al ataque infundado. No se puede exigir - ni aún por la ley punitiva - que nadie acepte pasivamente el ataque a su persona o derechos o la persona o derechos de aquéllos que están a él ligados por vínculos de sangre o simplemente por lazos de altruismo. Hay, pues, un derecho de defensa privada, un derecho de la necesidad, fundado en la insuficiencia del orden jurídico para impedir el desafuero" (74). Así, podemos reseñar brevemente con algunos ejemplos, el estado actual del problema planteado, en algunas legislaciones extranjeras y el que prevalece en España, conjuntamente con

(73) Prieto Castro, Derecho Procesal Civil, Vol.II, ob. cit., p. 96.

(74) Viada, Legitimación Activa y Pasiva..., Ob. cit. p. 793.

nuestra opinión al respecto.

A) En Alemania la legítima defensa de la posesión se encuentra regulada por los parágrafos 859 y 860 del Código Civil, que permiten tanto al poseedor como al servidor de la posesión, defender ésta no sólo contra los ataques violentos con fines de despojo, sino que autorizan también la recuperación de la posesión, defender ésta no sólo contra los ataques violentos con fines de despojo, sino que autorizan también la recuperación de la posesión ya perdida por propia autoridad. Sin embargo, el tratamiento que da a bienes muebles e inmuebles respecto a su recuperación, difieren unos de otros, pues, mientras que para los primeros la recuperación es lícita, si el autor del despojo es sorprendido in fraganti o es perseguido desde el momento en que se produzca el mismo, para los inmuebles la recuperación ha de ser "inmediatamente", ó sea, que se obre en la recuperación con la rapidez según un criterio objetivo (75). La objetividad en la apreciación de la rapidez con que debe de actuarse, resulta, no de que el despojado deba de hacerlo sin solución de continuidad en el tiempo (aunque entendemos que puede hacerlo), sino más bien que dependerá de las circunstancias que rodeen el caso concreto, en donde han de apreciarse elementos diversos como podrían serlo, el momento a partir del cual se tuvo conocimiento del despojo o si para la recuperación han existido obstáculos insalvables que realmente hayan impedido actuar sin mayor dilación. De esa manera es entonces posible deducir, que la legítima defensa se encuentra concebida en términos de una gran amplitud, tanto en la calidad de los actos que se ejecuten como el momento mismo en que los mismos deban ac-

(75) Wolff., ob. cit., ps. 109 a 111.

tuarse, manteniéndose, eso sí, como lo apunta el propio Wolff, una medida de equilibrio en el uso de la fuerza tanto para defender como - para recuperar la posesión, marcado racionalmente por el caso concreto de que se trate.

8) En Costa Rica, dos son las normas en el Código Civil que regulan la legítima defensa: por el artículo 305 se dice: "El propietario y el poseedor de cualquier clase que sean, pueden defender su propiedad o posesión repeliendo la fuerza con la fuerza o recurriendo a la autoridad competente"; y por el 317, en lo que interesa, párrafo final, se dice: "No podrá tomarse la posesión de una manera violenta, ni por aquél a quien legalmente corresponde; mientras el actual poseedor se oponga, debe de reclamarse judicialmente". Aunque pudiera estimarse que en el tratamiento a que se refieren las normas transcritas, exista un exceso de regulación legislativa, pues pudiera pensarse que con la sola prohibición a que hace referencia el artículo 317 sería suficiente para evitar el despojo violento en la posesión, pareciera más bien, que lo que informó al legislador fue un exceso de celo en la configuración, sin lugar a dudas, de la legítima defensa de la posesión, en el sentido de que disponiéndose ésta en forma expresa tal y como lo regula el artículo 305, no cabría ninguna duda de que la legítima defensa se autorizaba. Con todo, es indudable que las dos normas contemplan casos diferentes: en la primera se regula el rechazo - por la fuerza del despojo actual, o sea, que se autoriza al poseedor a emplear violencia para rechazar la violencia que actualmente se ejerce para desposeerlo. En la segunda, se da una prohibición para tomar la posesión por la fuerza, o sea, lo que la norma anterior precisamente regula en sentido positivo, pero además, completa lo que ha -

dejado de decir el artículo anterior, en el sentido de obligar al presunto poseedor a acudir a los tribunales para discutir el derecho que se atribuya sobre la posesión de la cosa. De esa manera podríase decir, que el problema de la legítima defensa se encuentra regulado por ambas normas desde dos ámbulos diferentes: desde el interno en el poseedor actual, por el artículo 305 y desde el externo en el agresor, por el artículo 317. En lo que su parece encontrarse cierta redundancia en ambas normas, innecesaria desde un punto de vista riguroso, es, en que, autorizándose por el artículo 305 la defensa de la posesión por la fuerza, deba de decirse en el 317, que no podrá tomarse la posesión violentamente mientras el actual poseedor se oponga. No obstante, si se analiza más detenidamente la aparente contradicción podríase razonar, que si el actual poseedor está autorizado para oponerse, la misma no ha de ser desde el punto de vista verbal. Oponerse significa contradecir, impugnar, ser una cosa contraria o repugnante a otra, estar una cosa ubicada frente a otra, según pueden extractarse algunas de las más significativas acepciones del término (76). De tal manera que oponerse, según lo que se puede entender, es negarse rotundamente al acceso de un tercero a la cosa poseída; y esa oposición debe entenderse que va, desde la simple negativa verbal hasta el empleo de la fuerza y la violencia, según sea observada la conducta del presunto despojante. Si ello es así, qué sentido tiene entonces en que por el artículo 305 se autoriza expresamente el empleo de la fuerza para rechazar la fuerza externa que el despojante emplea para obtener la posesión, si ya de por sí se contiene en el concepto "oponerse" del ar-

(76) Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Ob. cit., p. 944.

artículo 317?. La única explicación que parece existe, es la que se apuntaba al principio del comentario, o sea, en un excesivo celo del legislador que queriendo institucionalizar la legítima defensa de la posesión, no quiso dejar su existencia a unas posibles y variadas interpretaciones, que bien podían dar una explicación distinta del artículo 317 y aunque el artículo 305 sea precedente con el 317, ha de pensarse que la interpretación de las normas deben hacerse en mútua relación para evitar contradicciones y omisiones a la hora de su aplicación. Se entiende entonces en cuanto a lo antes dicho, que aunque se autoriza la fuerza para rechazar ésta en caso de desposesión, no por ello dicha actuación dejará de estar prohibida en el 317, pues si por una parte la violencia tiene arraigo en la convivencia social, es lo cierto que como conducta humana es de carácter excepcional, pues el hombre normalmente es respetuoso de los derechos de los demás y su conducta la guía a través de los cauces previstos por la ley. De lo que si pareciera ha de estarse seguro, según lo preceptuado por las normas transcritas, es que el Código civil no consagra la legítima defensa en su vertiente de recuperación de la cosa, una vez que el despojo se ha consumado, ya que según parece, de los textos analizados no existe posibilidad de desprender interpretación alguna que nos lleve ni siquiera a través del espíritu de la ley a admitir esa forma de defensa de la posesión. Por el contrario, más bien, el mismo artículo 317 in fine obliga a recurrir a los tribunales con el objeto de que se les restituya la cosa desposeída.

C) En Italia la legítima defensa se encuentra admitida a través del artículo 52 del Código penal y la misma comprende tanto la reacción con la fuerza contra el agresor, como la recuperación de la cosa, efectua-

das ambas in cotinendi, o sea, sin solución de continuidad en el tiempo en que se comete la agresión y el ejercicio de la defensa, debiendo se observar tanto en la defensa como en la recuperación, un equilibrio en la fuerza empleada que no implique ninguna clase de excesos. "El alcance del principio *vin vi repellere licet* (es lícito repeler la fuerza con la fuerza) está entre esos dos polos: que la reacción ocurra incontinendi; que la defensa no sea superior a la ofensa". (77). Tal defensa se encuentra acordada en cuanto a los sujetos con una amplitud semejante a la que el Código alemán dispone, puesto que "... quien es despojado de la posesión (ya sea titular o a un no titular del derecho) puede - mientras lo haga inmediatamente (...) esto es, mientras dura (...) la ofensa (...) - quitar legítimamente él mismo, al usurpador la cosa (...), sin que ello incurra en el delito de "tomarse la justicia por su mano". (78). No obstante, pase a observarse que en el Derecho italiano, aun el detentador precario, quien es llamado no titular porque en sí no es poseedor, puede defender la posesión con la fuerza, en ese aspecto no se iguala con el alemán, pues como se vió, éste concede la defensa aun al servidor de la posesión, mientras que el italiano parece excluirlo claramente.

D) En Francia, pese a que los detentadores precarios (mediador posesorios) se encuentran privados de las acciones posesorias, precisamente porque no se les considera poseedores, en base al principio "*spoliatus ante omnia restituendus*", se les otorga la defensa de su "posesión" - contra los actos de agresión, o sea, la resistencia o repulsión por la

(77) Barbero, Ob. cit., p. 402.

(78) Messineo, Ob. cit., p. 232.

fuerza de los actos tendentes a despojarlos, así como también la acción restitutoria (ésta desde luego de carácter judicial), pero que en conjunto forman un núcleo de garantías no expresamente posesorias por su condición precaria, sino más bien provenientes del orden público (79), por lo que se concibe en cierto sentido, contrariamente a lo sostenido por algunos autores, que otorgándose la legítima defensa a la posesión, puede lograrse la paz social. Ha de entenderse entonces por interpretación extensiva, que si los detentadores precarios están autorizados para ejercer la legítima defensa, con mucha mayor razón lo estarán los verdaderos poseedores, pues la circunstancia de que éstos gocen de las acciones posesorias, no puede constituirse en realidad en obstáculo del ejercicio de la legítima defensa, si tomamos en consideración como se sostiene en dicha doctrina, que la legítima defensa no es un producto directo de la posesión en sí, sino del orden público, orden en el que también ellos se encuentran inmersos y que en sí mismo no implica exclusión alguna, en relación con las acciones posesorias.

E) Es evidente que en el ordenamiento jurídico español se prodiga un amplio rechazo a los actos violentos que persigan la toma de posesión de una cosa y en ese sentido se arbitran normas legales concretas que prohíben la violencia y eliminan todo posterior efecto que traiga causa de aquélla. Se dice por esa razón, que "Actos violentos son los ejecutados contra la voluntad del poseedor y en perjuicio de su posesión, por medio de fuerza actual o inminente, intimidación o miedo. La violencia es un vicio que daña toda la posesión y no puede servir nunca de base o medio legítimo de adquirirla, retenerla o recobrarla" (80). Así el artículo -

(79) Planiol y Ripert, ob. cit., p. 162.

441 expresa que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga y quien se crea con derecho a la misma debe de recurrir a los tribunales. El 444 prescribe - que los actos clandestinos o violentos que atenten a la posesión, no - tienen ninguna repercusión y, en consecuencia, no le afectan. Por otro lado, implícitamente también se encuentra proscrita la violencia, por medio de los artículos 438, 439, 440, 442 y 443, los que al disponer - los distintos medios y requisitos legales para la adquisición de la po sesión, están tácitamente negando, que la violencia, sea un medio váli do en la adquisición de la posesión. No obstante, lo expuesto, hay que admitir que la regla antes esbozada, tiene una excepción a través del artículo 460, 4º, del Código Civil, cuando por él se dispone que "El - poseedor puede perder su posesión... 4º.- Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año". Ello significa, que una posesión obtenida mediante el ejercicio de la fuerza y la violencia puede consolidarse como de recho, si la misma es capaz de durar más de un año. Pareciera que existe una verdadera contradicción entre los artículos 441 y 444 y el últi mo transcrito, puesto que si por el primero se prohíbe la toma de la po sesión, la consecuencia inmediata sería que, la posesión violentamente obtenida además de no constituirse como tal, tampoco afectaría a la posesión precedente, que pese a la desposesión, debería de mantenerse con todos sus efectos. Sin embargo, ello no ocurre de esa forma, según lo - que se interpreta del artículo 460, 4º, y de lo que la doctrina establece es el alcance de dicha norma y buena prueba de ello es la que nos su

(80) Sabater, Antonio, El Precario: su concepto y relaciones con el - arrendamiento..., Rev. Jur. de Cataluña, Set. Oct., 1958, p. 597.

ministra García Valdecasas con las siguientes palabras que no dejan lugar a dudas: "Se comprende - dice - por tanto, que la pérdua de la posesión en este caso aparezca como una limitación del principio sentado por el artículo 444, cuyo espíritu es que el despojado por la violencia conserve la posesión indefinidamente. El choque del artículo 460 - con esta idea lo expresa la frase: "aun contra la voluntad del antiguo poseedor", que viene a significar lo mismo que "la antigua posesión se pierde, a pesar de que la nueva posesión es contra la voluntad del antiguo poseedor". (81). De manera entonces, que el principio de la prohibición y la no posterior consecuencia en los efectos que una posesión tomada violentamente puedan producir, quiebra medurlarmente para dar - paso con efectos jurídicos al acto violento que antes estigmatizaba. - Ello, sin entrar a las razones históricas que dieron origen a la norma y a su inclusión en el Código, que bien aparecen descritas por el autor antes mencionado en el trabajo dicho, aparentemente confirma, no sólo - una característica singular en la realidad social humana por la que, las normas aun las prohibitivas son objeto de transgresión (lo que a su vez confirma lo que es consustancial también a la norma: el que sean transgredidas), sino la razón de ser de la propia posesión como ejercicio de hecho de un poder de dominación de las cosas. El que el ordenamiento de validez jurídica a una posesión tomada violentamente, transgrediendo - normas expresas dadas por ese mismo ordenamiento en contra de aquélla, es porque en última instancia se reconoce que esta clase de actos ilegales (aunque puede decirse, que esta violencia a que se refiere el artículo 460, 4º, tiene origen legal), que se dan para la obtención de la -

(81) La Posesión Incorporal del Despojado..., Ob. cit., p. 418.

posesión a través de actos violentos, vienen a surtir efectos jurídicos posesorios plenos que son imposibles de desconocer y que, aunque tengan una causa o fundamento aparentemente prohibido por la Ley, llegan con el tiempo a configurar una posesión de tal índole, que no tiene diferencia alguna con la obtenida por los cauces arbitrados anteriormente por la ley. Y si de esa manera entonces se consagra la violencia injusta, - del que aún teniendo derecho a la posesión no debe de valerse de semejantes medios, con mucho mayor razón ha de entenderse que sea posible la existencia de medios legales semejantes para que por lo menos detener la agresión ilegítima que se esgrime en contra de una posesión legítima, sin que por ello deba de admitirse como argumento válido, aunque si muy autorizado, que "... sería un contrasentido que la ley permitiera que su imperio se restableciera, es decir, que el orden existente se volviera a lograr o se saliese al paso de su alteración, por medio de otro atentado contra el mismo, pues a tal equivaldría la permisión de que el particular se dirigiese directamente contra el despojante o el inquietador; sin contar con que podrían ocasionarse con tal motivo males mayores, en forma de perturbaciones del orden público, alteración de la paz social o comisión de delitos más o menos graves" (82), puesto que si por un lado ha sido la propia ley la que ha consagrado la desposesión violenta asumiéndose de esa manera todos los efectos perniciosos que se derivan en el orden humano, económico, social y del orden establecido, - no sería entonces posible negar con el mismo argumento, que en nombre de esa misma paz social y demás factores jurídicos perturbados, púedase

(82) Prieto Castro, Interdictos de Retener y Recobrar, ob. cit.ps. 194-195.

a la vez fundamentar con suficiente razón por el que posee conforme a derecho, una reacción justa en rechazo, por lo menos, de la agresión ilegítima. Pero si, además, se agrega a lo anterior, que sería inadmis^{ible}, dentro de la lógica consecuencia de las normas antes transcritas, que se obligue al poseedor ante un ataque violento a observar una absoluta pasividad mientras impunemente se le despoja, se llega a la conclusión con Viada que, siendo humana la reacción contra el ataque injusto, la misma ha de admitirse dentro del ordenamiento legal como un remedio equitativo y compensatorio a la violencia externa e injustamente ejercida. Con todo, pareciera que el criterio más extendido en la doctrina española es el de rechazar la existencia de la legítima defensa en lo referente a los bienes y derechos, siempre que en dicha defensa no vaya involucrado un ataque a la persona (Art.8,4º del Código Penal). En ese sentido se expresan algunos autores que encarnan el sentir general al respecto, cuando dicen: "No obstante, dentro de los límites de la legítima defensa, el poseedor podrá defender su posesión por la fuerza. Sólo que la doctrina y la jurisprudencia limitan la legítima defensa a la de la persona misma, excluyendo los derechos y bienes jurídicos si el ataque a éstos no implica ataque a la persona" (83). Por su parte, Pérez González y Alguer se manifiestan también en parecidos términos: "No existe en el C.c. ni en la L.Enj. civil precepto que contenga autorizaciones especiales y expresas para el empleo de la fuerza por el poseedor en defensa de su posesión. Así pues, en tesis general, sólo cabe decir, en principio, que podrá defender violentamente su posesión en la misma medida en que puede hacer

(83) García Valdecasas, La Posesión, Ob. cit., p. 65.

uso del derecho de legítima defensa" (84), lo que equivale a decir, que solamente se podrá defender la posesión cuando conjuntamente exista un ataque a la persona del poseedor. En forma más rotunda y clara se expresa Plaza, quien parece no dar ningún margen de posibilidad a un empleo de la fuerza al decirnos que "...Realmente, la protección posesoria por la vía de los interdictos no es, en suma, sino un medio de eliminar la defensa privada, en tanto que por los caminos jurídicos se decide en definitiva sobre la legitimidad y valor de nuestra posición de hecho frente a las cosas" (85). Parecidos criterios sostienen Domínguez de Molina (86) y César Álvarez-Linera Uria (87). No obstante, pese a la línea doctrinal más o menos general antes esbozada, se dan también criterios adversos a los ahí expuestos y así se dice que "Contra un ataque contra la posesión que emplea medios prohibidos, debe de permitirse el empleo de la legítima defensa (Art. 8, 4º C.p.)". (88).

(F) El problema de la legítima defensa o autodefensa de la posesión entaño según parece, la misma problemática abordada por los Interdictos de Retener y Recobrar la posesión, o como manifestaba Plaza, éstos son los medios de eliminar aquélla. O sea que la autodefensa de la posesión supone dos momentos distintos de actuación: el primero por medio del cual, el despojante pretende apoderarse de la cosa contra la voluntad del poseedor y éste resistir dicho despojo impidiendo que el mismo se consuma; y el segundo, consumado el despojo por el agresor, momento y medios que

(84) García Valdecasas, La Posesión, Ob. cit., p. 65.

(85) Ob. cit., p. 48.

(86) Ob. cit., p. 226-227.

(87) Ob. cit., p. 67.

(88) Morales Moreno, ob. cit. p. 192.

debe emplear el despojado para recuperar por su propia autoridad la cosa de la que ha sido desposeída (89). Como se ha señalado, la doctrina niega la posibilidad de actuación al poseedor en cualquiera de esos - dos momentos, a menos que en la misma vaya involucrado un ataque a la persona, que además de que es el admitido por la doctrina no deja de - presentar problemas en la realidad al momento de deslindarlo; abordaremos el referido al ataque propiamente dicho de la posesión que es, en definitiva, el que no sólo la doctrina no admite, sino que, aparente-mente, la ley penal prescribe al no ir acompañado de la agresión personal. El artículo en el Código civil parece ser el baluarte en donde la doctrina ha negado la autodefensa de la posesión lo representa el - 441 que literalmente dice: "Enningún caso puede adquirirse violentamen-te la posesión mientras que exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente". En dicha norma, nos parece que se dan dos tipos de prescripciones, a saber: por la primera, una clara y expresa prohibición a tomar la posesión por medios violentos, cuando exista un poseedor que se oponga a ello. Y, por la segunda, supuesta - la oposición o resistencia del poseedor actual, si se cree tener por - el presunto poseedor algún derecho a la posesión de la cosa, forzosa-mente ha de recurrirse a los tribunales para hacer valer el derecho - presunto. De los criterios expuestos por algunos autores se infiere -

(89) Certad, Leonardo, Ob. cit., ps. 39-40, dice que: "La Autodefensa se extiende a una protección doble: en el supuesto que no hubie-re ocurrido privación de la cosa (resistencia) y verificada la - privación a la posibilidad legítima del poseedor de restituirse por sí mismo la cosa (recuperación)".

que este segundo inciso, además de constituirse como la alternativa vá lida para tender hacia la posesión cuando ésta está en poder de otro - sujeto, ante la proscripción de la toma de ésta por la violencia, es a su vez, una consecuencia condicionante absoluta del primer inciso, o - sea, de que la posesión deba de tomarse violentamente. De esa manera - podría decirse que dicha norma contiene una doble prohibición para to- mar violentamente la posesión: una expresa, contenida en el inciso pri- mero; y otra tácita o presunta en el inciso segundo, por medio del - cual todo sujeto que aspire a la posesión de una cosa que se encuentre en poder de un tercero, debe de abstenerse de despojarlo violentamente y recurrir forzosamente a los tribunales para discutir ante éstos, el posible derecho que tenga sobre la mencionada cosa. Dentro de la estruc- tura formal que la norma ofrece, a nuestro entender, guarda absoluta - lógica y consistencia en los postulados que la forman, por donde la ad quisición por medios violentos de la posesión, contenida en el inciso primero, constituiría la premisa mayor. La creencia de tener a su haber un derecho por parte del presunto poseedor y con que se inicia el inci- so segundo, la premisa menor. Y el tener que dirigirse forzosa y nece- sariamente a los tribunales en reclamo de dicha posesión, la conclusión. De ahí que, evidentemente, observada la norma en comentario desde la - perspectiva del principio de hermeticidad normativa, no existe ninguna duda de que el precepto de proscripción de tomar la posesión por medios violentos y la necesidad de recurrir a los tribunales en demanda de una declaración de derecho, devenga imperativa e insoslayable para el pre- tendiente poseedor. Si por otra parte, nos atenemos a las coordenadas - marcadas por el artículo 3, 1º del Código Civil en la interpretación de dicho artículo 441, nos parece que se desembocaría en un resultado idén

tico, ya que si los hacemos desde el ángulo meramente literal, encontramos que no sólo aisladamente los conceptos contenidos se dirigen a prohibir la toma por la fuerza de la posesión (análisis del primer y segundo inciso anteriormente efectuado), sino que vistos y analizados cada uno de los sentidos incorporados dentro de la norma, en relación con el contenido general de la misma, el resultado obtenido es el mismo, pues siempre que se quiera tomar la posesión de una cosa, que es resistida a hacer entregada por otra, ha de omitirse el uso de la violencia y se debe recurrir a los tribunales para que éstos declaren a cuál de los sujetos corresponde el derecho de posesión sobre la cosa. No hay por tanto solución de continuidad o fragmentación de la norma, por donde se pueda aisladamente obtener una interpretación válida de los diferentes sentidos contenidos en ambos incisos, porque además de que iría en contra de lo preceptuado por el artículo 3, 1º que dice: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. "Aún en el supuesto de que se tomaran los valores semánticos fragmentariamente, tendríamos siempre que prevalecería la prohibición de la toma de posesión por medios violentos y la necesaria remisión a los tribunales de la presunta pretensión jurídica. No obstante, ha de tenerse muy en cuenta, que una norma jurídica no se encuentra aislada dentro del ordenamiento jurídico, sino que la misma - se encuentra incrustada en relación armónica y recíproca con las demás normas del contexto en general del ordenamiento y por esa razón, su interpretación ha de depender del grado posible de interrelación que pueda efectuarse con otras normas. Es posible que su relación lo pueda ser

a nivel unitario por donde, conservando íntegro su contenido normativo, pueda condicionar más o menos relativamente, el alcance jurídico de - otra ú otras normas, que para coexistir, han de tomar en consideración lo que la primera disp. la. Pudiera suceder a la vez, según podemos en tener, que para que la interpretación de una norma, no sea contradictoria con otra, es necesario que una de las dos, deba fragmentarse en su contenido a fin de que el postulado que proclama la otra tenga plena - vigencia y se evite entre ambas una verdadera antinomia, que de existir y mantenerse, formarían en el ordenamiento un obstáculo insalvable que pondría en entredicho la consistencia, congruencia y logicidad de las - normas jurídicas. Planteándose el problema de la interpretación que ve nimos señalando, no sólo desde el ámbito unitario sino más propiamente del universal que estaría contenido en el ordenamiento, son claramente expresivas las palabras que Hernández Gil le dedica al tema, cuando di ce: "... es pertinente como regla de hermenéutica lingüística y jurídica poner el sentido "en relación con el contexto". La palabra está en el contexto desempeñando una función y ahí es preciso buscar su significación. El concepto del contexto es muy dúctil y susceptible de diversas manifestaciones. Aunque lingüísticamente contexto es ya el sintagma respecto del lexema, a los fines jurídicos el contexto en su alcance más estricto está representado por el conjunto léxico que forma la norma. Dando un paso más el contexto está constituido también por - varias normas relacionadas entre sí y, finalmente, contexto, es también el conjunto total o el sistema. Precisamente la interpretación sistemática que resalta el valor del contexto propende a ese alcance total". (90). Ahora bien, si partimos que el artículo 441 no ha de verse solamente dentro de los límites que marca su contenido, sino que ha de re-

lacionarse con otras normas para lograr obtener el sentido de su contexto, tendremos, que para los efectos del tema que estamos desarrollando la norma con la que necesariamente ha de relacionarse lo es el artículo 460, 4º, por la sencilla razón de que ésta prescribe lo que la anterrior prohíbe y en esa aparente antinomia, ha de encontrarse una relación armónica de coexistencia de ambas normas. Puestas en consecuencia ambas normas en relación, nos parece que del artículo 441 podríanse obtener dos interpretaciones a saber: a) sería aquella en la que el poseedor presunto, en lugar de recurrir a la violencia para apoderarse de la cosa que considera le pertenece, ateniéndose a los postulados de artículo en comentario, se dirige a los tribunales en reclamación de - la posesión de la cosa que estime le pertenece. Esta sería la interpretación ortodoxa de la propia norma y la que la doctrina española antes señalada defiende, como medio para desechar la toma por la fuerza - de la posesión y a la que agregaríamos nosotros, es la que normalmente se presenta, porque ponderando los actos humanos se desprende, que, normalmente, éstos se manifiestan a través de los cauces que la Ley tiene preestablecidos. Como corolario de tal interpretación ha de admitirse entonces, que la toma de posesión por medios violentos se encuentra - prohibida y, en consecuencia, la autpdefensa de la posesión no está - autorizada por ninguna de las dos vertientes antes señaladas. Y b) Que sería la interpretación de la norma en comentario puesta en relación - con el artículo 460, 4º. Si por el artículo último citado se autoriza a obtener la posesión por medios violentos, ello significa que cuando el

(90) Nuevas Perspectivas para la interpretación del artículo 464 del C. c., ob. cit., ps. 27-28.

presunto poseedor haciendo caso omiso de lo dispuesto en el artículo 441, se decide por la violencia a tomar la posesión de la cosa, su conducta evidentemente amparada a dicha norma, hace que el contexto del artículo 441 se fragmente en su unidad y consistencia lógica, dando paso a que la prohibición contenida en él, deje de surtir efectos y preva—lezca en su lugar, la toma violenta de la posesión de la cosa. Si ello ocurre de esa manera, precisamente porque existe una hipótesis admiti—da en la ley por la que la toma por medios violentos de la posesión — puede efectuarse, el primer inciso del artículo 441 se desintegra en su hermeticidad y unidad lógica para dar paso a una interpretación fragmentaria de los sentidos contenidos en los conceptos que lo estructuran. Y de esa manera, si el concepto contenido en dicho inciso que dice: — "...mientras exista un poseedor que se oponga a ello", debía de ser interpretado como una simple negativa del poseedor actual, incluso de características verbales, debido a que ya con anterioridad se había for—mulado la prohibición con fuerza absoluta de que "En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión...", al darse paso por el artículo 460, 4º, de que la posesión puede adquirirse violentamente, la simple "oposición" antes señalada que podía cifrarse en unas palabras negati—vas al acceso a la posesión por un tercero, adquiere un matiz totalmen—te distinto, variado en su esencia, por la violencia autorizada en el — artículo 460, 4º. Si al principio dicho concepto ("mientras exista un — poseedor que se oponga a ello"), lo era de carácter unilateral, impera—tivo y hasta cierto punto pacífico (debido a que emanaba del poseedor — actual como un mandato a cumplirse necesariamente, porque la ley misma lo consagraba así), ahora, admitida la violencia, se introduce a nues—tro entender, una nueva fuerza exterior a la contemplada en el artículo

441, que hace que la conducta unilateral, imperativa y pacífica, se transforme debido a la violencia introducida, en conductas bilaterales convencionales y violentas, por donde la fuerza externa (esgrimida por el despojante) tratará imponerse y arrebatar la cosa al poseedor actual, quien, desde la posesión interna que sustenta, convertirá su simple oposición, en una, que se acomode al nivel de la que se emplea para su desposesión. De tal manera que el poseedor actual empleará su fuerza en no dejarse desposeer o sea en otros términos, rechazará con su fuerza la fuerza que opera externamente para su desposesión y de esa manera lo que el poseedor actual efectúa es una verdadera resistencia a no ser desposeído. El artículo 460, 4º, es en última instancia el que permite efectuar una más amplia interpretación del 441, cambiando inicialmente el sentido que debía de dársele al concepto "mientras exista un poseedor que se oponga a ello", como el de una simple negativa a dejarse desposeer, por el de una oposición rotunda, franca, positiva y realizada, con las mismas armas con que se utilizan para ejecutar la desposesión. Estimamos que no otra puede ser la interpretación que pueda dársele al inciso primero del artículo 441, una vez que la posesión se ha decidido tomar por la fuerza, pues del quebramiento hecho a dicho inciso por la autorización al uso de la fuerza en la adquisición de la posesión, no púedese mantener el mismo sentido, de una oposición por la fuerza, le viene dado precisamente, porque ya ha sido autorizada ésta en su adquisición. Ahora bien, ejercida con fuerza y con violencia la oposición o resistencia al despojo, si se logra lanzar y rechazar al usurpador, no cabe la menor duda que se ha ejercido válidamente la legítima defensa de la posesión con fundamento en el artículo 441, en su vertiente de resistencia a la desposesión que es pre

cisamente la que dicha norma autoriza. Parecida conclusión, según enten
demos, es a la que llega Albaladejo, o sea de que el poseedor puede por
la fuerza resistir que se le despoje de su posesión, pero fundándose en
el artículo 8, 4º, del Código Penal, cuando textualmente dice: "...¿Ca-
be que el poseedor trate de impedir por sí mismo que la perturbación o
el despojo se consumen? La respuesta debe de ser afirmativa para el ca-
so de que concurren los requisitos de legítima defensa y dentro de los
límites de ésta (cfr. Código penal, art. 8, 4º y siguientes), debiendo
ponerse especialmente de relieve que -según dicho apartado 4º, regla -
primera- "en caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegíti-
ma((precisa para que la defensa pueda darse)) el ataque a los mismos -
que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdi-
da inminente" (91). De parecido criterio al expuesto hasta ahora, lo es
el autor Juan Martí Miralles, quien ajustándose también al concepto de
legítima defensa definido en la norma penal antes citada, acepta sin em
bargo que se pueda defender la posesión a través de la resistencia de -
que se efectúe a la desposesión de un tercero y así nos dice que "cuan-
do la agresión real no va acompañada de la agresión personal, la defen-
sa de la cosa no debe traspasar los límites que exige el respeto a la in
tegridad de la persona del agresor ilegítimo; podrá oponerse a la fuer-
za hasta allí donde la fuerza no pueda constituir delito; no habrá coac
ción en el acto consistente en oponer la fuerza para impedir la ilegíti-
ma agresión a nuestro derecho; no puede llegar a tanto el respeto a la
persona del usurpador o del ladrón; pero mientras éste no convierta su
agresión meramente real en agresión a la persona del poseedor, tendrá -

(91) Ob. cit., p. 88

el último que abstenerse de lesionar al agresor injusto" (92). Ahora bien, si el poseedor actual pese a la resistencia y oposición realizada al tercero en rechazo de la fuerza empleada por éste, siempre es despojado, pareciera que el acto de recuperación por parte del poseedor mediante el empleo de la misma fuerza, o sea por medio de propia autoridad, no podría efectuarse ni aún en el caso de que fuera incontinendi, porque además de no existir norma expresa ni tácita que lo autorice, al efectuarse el despojo, a partir de ese momento, ha empezado a existir una nueva posesión al amparo del artículo 460, 4º, que deja obligado al despojado con carácter necesario y bajo las prescripciones del artículo 441 (puesto que ahora regiría una situación jurídica totalmente nueva y distinta a la anterior), a acudir al Interdicto respectivo. Se podría decir en apoyo de la recuperación, que el poseedor despojado debiera de tener a su haber las mismas armas que su despojante usó y, de esa manera, recobrar la posesión. Sin embargo, si se toma en consideración que el despojante adquiere la posesión a partir del despojo, puesto que teniendo a partir de ese momento el poder de dominar la cosa por tenerla bajo la esfera de dicho poder (y en consecuencia, por haber perdido la cosa el despojado, ya no tiene el poder material sobre la misma), lo que prescribe expresamente el artículo 460, 4º, tendríamos que si el despojado ejerciera de nuevo la fuerza para recuperar la cosa, ya no estaría situándose en ninguna posición legal en lo que se refiere a la recuperación, si no que asumiría la posición de un nuevo despojante al amparo del 460, 4º (y no de una verdadera recuperación),

(92) Spoliatus ante omnia restituendus, Inst. de Estudios Tarraconenses Ramón Berenguer IV, 1972, p. 20.

que autorizaría al primer despojante a rechazar por la fuerza tal intento de despojo, al tenor del artículo 441 según se ha expuesto. Contrario al criterio aquí expuesto y en el supuesto de despojo de cosas muebles, Martí Miralles expresa que "He considerado esta doctrina, para dejar bien demostrada la afirmación de que el hecho de recuperar los efectos del robo o hurto, cuando no ha transcurrido lapso de tiempo en que el ladrón tenga en su absoluto y tranquilo poder dichos objetos, no puede calificarse de ataque para recuperar un derecho perdido, sino de defensa del mismo derecho para conservarlo, sujeta la tal defensa a todas las condiciones que la jurisprudencia impone para su legitimidad. Es el derecho que se mantiene contra el que lo niega, es la posesión que se defiende y que se opone a la consumación del despojo, no es la recuperación de un derecho definitivamente perdido, no es la reivindicación de una cosa definitivamente usurpada" (93). Por último, aunque nuestro interés ha estado dirigido en demostrar la viabilidad de la defensa privada en su manifestación de resistencia, a manera de referencia no debe olvidarse, que en todo problema de legítima defensa (y máxime que la norma penal citada lo contempla) se encuentra involucrado el de la proporcionalidad entre el medio de defensa y el del ataque, tal y como nos lo señala la doctrina (94), y al que no nos hemos referido de manera expresa porque, además de que en tal sentido se propugnan diferentes cri-

(93) Ob. cit., p. 23.

(94) Martí Miralles, ob. cit. p. 15 dice: "Es innegable,..., que es lícito repeler la fuerza con la fuerza para defenderse de los ataques de un agresor injusto; pero no lo es menos que en el ejercicio de esta tutela de la persona y de los derechos, hay que observar aquella proporción hija del principio de igualdad jurídica que es indispensable para cohenestar toda clase de actos violentos y en la cual estriba la razón última y justificativa de la legítima defen-

terios (que serían más propios de enumeración en un estudio específico sobre la legítima defensa), el interés propugnado fundamentalmente en este aparte, era el de tratar de determinar el grado de posibilidad y existencia de la legítima defensa en relación con su fundamento legal en el Código Civil y su posible implicación dentro de los sujetos que conforman la mediación posesoria.

2. AUTODEFENSA DEL POSEEDOR MEDIATO

Hemos apoyado supra páginas 319 a 321 la tesis de que es al poseedor mediato, en razón de su más amplio derecho, a quien corresponde la defensa total de la posesión por medio de los interdictos. Cabría ahora preguntarse, si en nombre del mismo derecho antes aludido podría el poseedor mediato ejercer la legítima defensa, no sólo del derecho en que consiste su posesión, sino también de la posesión de la cosa que no se encuentra en su poder? Teniendo como fundamento de la exposición lo expuesto supra páginas 334 a 344 y partiendo entonces de que la legítima defensa puede ejercitarse dentro del Código civil en su vertiente de resistencia o rechazo a la desposesión, abordaremos el problema antes planteado en forma separada y de la siguiente manera:

(94) (cont. pág. ant.) ...sa". Cartad. Ob. cit. p. 40, comparte criterio en el sentido apuntado con los antes expuestos.- Viada, Ob. cit. p. 794, dice que "Es justa la defensa privada, las vías de hecho, cuando no traspasan los límites de la estricta necesidad-proporcionalidad del medio."

A) AUTODEFENSA EN CUANTO A SU DERECHO DE POSESION

En cuanto a la defensa del derecho de posesión en que consiste la posición del poseedor mediato, adiferencia de lo que ocurre en Alemania (95) estimamos, que en el ordenamiento español es perfectamente factible la - autodefensa del derecho del poseedor mediato, precisamente por arbitrarse a través del artículo 430, el que el disfrute de un derecho constituye posesión; y como cuando ésta se tiene es posible su ejercicio, al momento - en que el mismo se actualice, estimamos que es posible que pueda inferirse el ataque injusto para sustraerle al poseedor mediato mediante violencia, las facultades o actividad en que consiste la posesión de su derecho. Parece a primera vista inverosímil que pueda efectuarse despojo violento de un derecho por tener éste carácter inmaterial y consistir su razón de ser o su manifestación en actos o conductas que emanan por medio de las - acciones de un sujeto, que como tales, no son tangibles y van intisolublemente unidas al sujeto, que como tales, las realiza. No obstante parece - ser, según nuestra propia estimación, que es posible que tal despojo pueda realizarse y que el mismo lo pueda ser, por medio de los vías: a) mediante la suplantación in continendi que efectúe el despojante, de los actos en que consiste la posesión del derecho del poseedor mediato y que en determinado momento los esté ejecutando, a través de impedirle por la -

(95) Hedeman, Op. cit., p. 17, dice: "Cuando hay posesión mediata o inmediata el derecho de autodefensa corresponde tan sólo al poseedor inmediato".- La razón de disponerse de tal manera, se encuentra en que como en Alemania, sólo se puede poseer las cosas (pues no existe posesión de derechos) y éstas se encuentran solamente en poder del poseedor inmediato, es a él y no al poseedor mediato a quien corresponde tal defensa.

fuerza su ejecución y sustituir dichos actos, por los que el despojan-
te efectúe en dicha dirección.- b) por medio de la suplantación total
en las facultades en que consiste el derecho de posesión del poseedor
mediato, a través del ejercicio de hecho de las mismas y de la exclu-
sión y expulsión total del poseedor mediato de dicha posición para que
ejecute los mencionados actos. En el supuesto enumerado como a), acor-
de con lo ya dicho, sería posible que el poseedor mediato pueda resis-
tir y rechazar por la fuerza el pretendido despojo, representado en es
te caso por la suplantación de su persona en la ejecución de los actos
posesorios en que consiste su posesión, impidiendo que tales actos sea
realizados por el usurpador y, a la vez, imponer los propios en reafir-
mación de su posición. Sería, por ejemplo, el caso en que el poseedor -
mediato ejerciendo su derecho de inspección en la cosa, reparación en
ésta o cobro de alguna renta, se viera obstaculizado a ese momento a -
realizar tales actos por el presunto despojante y entonces, empleando
la fuerza neutralice y expulse la fuerza del despojante y pueda de esa
manera libremente ejecutar el acto de que se trate. En este supuesto,
incluso, parece ser, que se daría una legítima defensa, según lo pres-
crito por el artículo 8, 4º, del Código penal, debido a que la conduc-
ta del usurpador para lograr sus fines, ha de verse obligado a violen-
tar a la persona misma del poseedor mediato, para lograr impedirle los
actos en que consiste su posesión y sustituirlo en los mismos. A menos
que haya una sustitución pacífica (lo cual excluiría el planteamiento
del problema de la autodefensa), no se podría imaginar que el impedir
la ejecución de los actos posesorios al poseedor mediato, no vaya acom-
pañado de violencia directa en la persona de éste, pues precisamente -
de lo que se trata de desposeer a dicho sujeto, es de la ejecución de

los actos autorizados por el derecho de posesión que sustenta. De ahí entonces que habría razón suficiente para entender y admitir la legitimidad de la autodefensa por parte del poseedor mediate, del derecho en que consiste su posesión.- b) Ahora bien, si el poseedor mediate es despojado de su derecho, mediante la violencia y la fuerza de impedirle que ejecute los actos en que consiste su derecho, suplantándosele en dicha ejecución por el despojante usurpador, según lo expuesto, se vería impedido en recuperar su posición mediate la actuación de violencia ó fuerza para volver a ejercer el derecho que tenía, debido a que el usurpador ocupa ya, merced a la fuerza que realizó, la posición del anterior poseedor, lo que le impone a éste necesariamente el recurrir al interdicto de recobrar conforme lo prescriben así los artículos 441, 446 del Código Civil y 1651 y 1652 de la Ley Procesal.

B) AUTODEFENSA DE LA POSESION DE LA COSA

Cabría que el poseedor mediate defiende por propia autoridad la posesión de la cosa que se encuentra en poder de otro poseedor? El caso parece ser de más difícil solución debido precisamente a que la cosa, como objeto del despojo, se encuentra en manos del poseedor inmediato o mediador posesorio y de la que el poseedor mediate tiene apenas un contacto con características de indirecto, que aparentemente no le permitirían ejercitar dicha defensa actualmente. Sin embargo, no puede dejar de pensarse, que si bien el poseedor mediate no tiene la cosa actualmente, es lo cierto que la posesión del derecho que sustenta y que consiste en actos sobre la cosa, pueden verse agredidos actual y directamente, al despojarse al mediador posesorio de la cosa, debido

a que en adelante se vería imposibilitado de ejercer su posesión por carecer de la misma, lo que a nuestro criterio, legitimaría suficientemente al poseedor mediato para ejercer la legítima defensa, resistiendo con o sin el mediador posesorio, del despojo que se esté ejecutando. Ha de imaginarse a la vez que el despojo de la cosa puede efectuarse, en el momento mismo en que el poseedor mediato realice uno de los actos sobre la cosa en que consiste su derecho de posesión lo que supondría a la vez una agresión ilegítima al derecho de posesión que disfruta, pues la sustracción de la cosa se convertiría en la causa de impedirle el ejercicio de dichos actos actualmente, lo que en sí constituiría una verdadera agresión a su posesión, por lo que perfectamente se vería legitimado en ejercer la legítima defensa de impedir la sustracción de la cosa, por lo que en tal actuación va el interés jurídico de proteger también en última instancia el derecho que tiene de posesión. En definitiva y por las razones expuestas estimamos que también en este caso, el poseedor mediato puede defender por propia autoridad y dentro de los límites de la resistencia u oposición al despojo, la posesión de la cosa en manos del mediador posesorio y con ella también podría decirse, que defiende o ejerce la legítima defensa de la posesión total que sustentan ambos poseedores.

3. AUTODEFENSA DEL MEDIADOR POSESORIO

Si hemos acordado la autodefensa de la cosa a favor del poseedor mediato, porque la posesión del derecho que disfruta consiste en actos materiales sobre la cosa, con mucha mayor razón estimamos que

el mediador posesorio ha de encontrarse legitimado para el ejercicio de dicha autodefensa, precisamente porque es él el que tiene en su poder la cosa y a no dudar será el primero en recibir directamente la agresión del despojante. Ahora bien, tal y como lo reiteramos con el poseedor mediato, también estimamos que el mediador posesorio estará legitimado a usar de la fuerza en defensa de la cosa y de su posesión únicamente dentro de los cauces de la resistencia u oposición por la fuerza, al despojo violento que se intente por el tercero, todo de acuerdo con la interpretación que hemos señalado puede derivarse de los artículos 441 en relación con el 480, 4º, del Código civil. Cambiaría la misma interpretación anterior, en el supuesto de que el ataque provenga, ya no de un tercero, sino del propio poseedor mediato? Pareciera ser, que entre el ataque esgrimido por un tercero y el realizado por el poseedor mediato, no habría ninguna diferencia, si se tratara de desposuer por la fuerza al mediador posesorio y, en consecuencia, éste estaría legitimado para resistir por la fuerza dicho despojo. Pero nos parece que tal argumento, en este caso, quedaría sobradamente reforzado y vigente, si por otra parte, nos encontramos que entre ambos poseedores existen vínculos jurídicos asentados en una relación conscientemente establecida, por la que se regulan los derechos y obligaciones que ambos poseedores tienen y que, en consecuencia supondrían, exclusión completa de cualquier vía que no sea la establecida por ambos poseedores, para la recuperación de la cosa por parte del mediato poseedor. Con todo, usada la violencia por el poseedor mediato para desposeer al mediador posesorio, estimamos que éste perfectamente puede ejercer el rechazo y la oposición por la fuerza a tal clase de desposesión, sin que ello suponga ningún acto

antijurídico por su parte, situándose en dicha posición más bien el poseedor mediato, quien además de no estar autorizado para dicha actuación, quebrante con su conducta lo convenido según la relación jurídica establecida. Existe un último caso, distinto a los anteriormente planteados y que consiste en determinar, si el poseedor mediato se encontraría legitimado en ejercer la legítima defensa en caso de que la desposesión de la cosa procediera directamente del mediador posesorio? Creemos en primer lugar que en tal desposesión, aparentemente, no se ejercería ninguna clase de violencia para apropiarse de la cosa puesto que es precisamente el mediador posesorio, quien tiene la misma merced a un derecho derivado. Si entonces no se da un supuesto de violencia en la desposesión, no podría en puridad de principios, ejercitarse ni un supuesto legítima autodefensa y el poseedor mediato se vería vedado para ejercer una hipotética resistencia u oposición por la fuerza a semejante acto. La desposesión, que bien puede efectuarse en realidad no lo sería por la fuerza en sí, sino a través de la negación que el mediador posesorio haría del derecho que tiene el poseedor mediato sobre la cosa, atribuyéndoselo él y, en consecuencia, lo que verdaderamente se operaría sería una interversión del título, que no sólo impediría al poseedor mediato el uso de la fuerza o violencia para evitar la desposesión, sino que, a su vez, lo obligaría a plantear el juicio plenario para discutir el mejor derecho sobre la cosa que a cada uno corresponda. De tal manera, que dado en tal desposesión un conflicto de derechos y no fuerza o violencia para realizarla, corresponde al juicio plenario su resolución y no a la autoprotección.

IV. LA ACCION PUBLICIANA

Sumario: 1. Sus orígenes históricos y su vigencia doctrinal actual.
2. La utilización de la Publiciana en la Mediación Posesoria.

1. SUS ORIGENES HISTORICOS Y SU VIGENCIA DOCTRINAL ACTUAL

A) La Acción Publiciana, que según parece deriva su nombre de un Pretor "tal vez llamado Publicio" (96), se presenta desde sus orígenes como una defensa más de la posesión, aunque con sus propias características que la hacen diferente a las otras acciones posesorias. Según parece esta acción hace su aparición a finales de la República (97) y tiene como finalidad protectora de la posesión, en aquellos casos en que una persona en vías de usucapir una cosa, que encontrándose por esa razón privado de la acción reivindicatoria, al momento de ser despojado de la cosa, se le concedía una acción por medio del Pretor que consistía en la creación de una ficción jurídica por medio de la cual, se tenía por cumplido a ese momento el tiempo necesario para la usucapción. De esa manera, pese a faltarle tiempo según la ley, para que usucapiera el derecho de posesión, al tenerse por cumplido el mencionado tiempo y para los efectos de dicha

(96) García Valdecasas, G. La Acción Publiciana,..., Anuario Derecho Civil, Tomo I, 1948, p. 78.

(97) Bonfante, ob. cit., p. 326.

acción, se consideraba al poseedor como propietario de la cosa y se le concedía una acción de reivindicación en contra del despojante, equiparándose la acción publiciana con la acción reivindicatoria - que correspondía únicamente al propietario (98). Esa circunstancia evidentemente condicionaba el tipo o clase de posesión digna de la mencionada protección y de ahí que se exigiera en el sedicente poseedor no sólo buena fe, sino una causa justificativa de su posesión (justo título), y por último que la cosa fuera susceptible de usucapión o lo que es lo mismo, que estuviera libre de vicios (robo, usurpación, etc.) (99). Planteada en esos términos la factibilidad de la Publiciana y presentándose como la acción reivindicatoria (ficticia) a favor de un poseedor no propietario, no cabe la menor duda que en el fondo defendiendo a un poseedor prescribiente, lo que se buscaba con la misma era la protección de una propiedad en ciernes o lo que es lo mismo, una propiedad todavía no consumada; por lo que era indudable que la mencionada acción debía de concederse únicamente a los poseedores en concepto de dueño, no importando para ello el tiempo - que efectivamente se había poseído la cosa, sino que lo importante - era que dicha posesión se hiciera en tal concepto "aunque no fuese - más que un instante" (100). Sinembargo, aunque con esta acción ficticia el poseedor podía exigir la restitución de la cosa de todo tercer poseedor, no podía lograrlo contra el propietario de la cosa, - quien mediante su derecho absoluto de propiedad dejaba sin ningún -

(98) Petit, Ob. cit. p. 889.

(99) Bonfante, ob. cit. p. 326.

(100) Petit, ob. cit. p. 891.

efecto jurídico la dicha ficción acordada, salvo el caso que el poseedor la hubiese obtenido de dicho propietario, en cuyo caso prevalecía la situación sustentada por el poseedor prescribiente y se obligaba a aquél a devolver la cosa (101). Es así, entonces que la Publiciana tiene por finalidad la protección de un derecho de posesión en vías de usucapición, lo que supone en el mismo una determinada cualificación, o sea el que el poseedor lo sea en concepto de dueño y reuna de esa manera íntegramente las demás condiciones exigidas por ley, circunstancia que daba lugar a que encontrándose varios poseedores en vías de usucapir la misma cosa, era acreedor a la mencionada protección únicamente el que llenase el mayor número de requisitos (buena fe, justo título, sin vicios, incluso el tiempo). De esa forma, se puede afirmar, que desde sus orígenes la Acción Publiciana no obstante estar tendida a la protección de la posesión de una cosa, denota una marcada y sustancial diferencia con la protección posesoria efectuada por los interdictos, puesto que mientras éstos lo hacían del hecho de la posesión y dentro de un periodo determinado de tiempo (un año), aquélla se ocupaba del derecho sustantivo de posesión y su alcance o vigencia protectora iba más allá del año de posesión fijado para los primeros (102).

(101) Jörks-Kunkel, Ob. cit. p. 204.

(102) De los Mozos, ob. cit., ps. 165-166, nos dice que "...la tutela interdictal queda perfectamente deslindada de la dispensada al derecho de poseer, la cual es objeto de la llamada acción publiciana, aplicada a la posesión, la cual ofrece una serie de dudas y de problemas en nuestro Derecho en relación con su construcción autónoma..., aún cuando no hay ningún inconveniente en admitirla con carácter independiente amparando el mejor derecho a poseer".

B) Prescindiendo de la existencia o no de la Acción Publiciana en las legislaciones extranjeras, pues concretamente la finalidad es mostrar los contornos doctrinales de dicha institución y su posible aplicación en la mediación posesoria, lo que se planteará en adelante es el estado de la doctrina en España y derivar de ahí la inserción o no de la misma en la mediación posesoria. En esto hemos de seguir los lineamientos que aporta el trabajo de García Valdecasas antes apuntado. Tomándose en consideración que en el Derecho moderno no es posible mantener en la posesión en toda su extensión, los mismos postulados romanos a los efectos de usucapir (103), puesto que incluso puede llegarse a ella a través de la mala fe, lo fundamental para aplicar en el Derecho moderno la Acción Publiciana, dicen Aubry & Rau, citados en dicho trabajo, es el de darle protección al mejor derecho de poseer, o por lo menos que sea más probable que el que sustenta el demandado y que en el fondo viene a coincidir, con la protección dada por la Publiciana en el Derecho romano. Sin embargo, García Valdecasas estima (104) que en lugar de admitir el mejor derecho del demandante como punto fundamental de la prueba en donde apoyar la Publiciana y debido a que las pruebas se hacen de los hechos de donde emanan los derechos, es más aceptable aportar al juicio como fundamento de dicha acción, presunciones o probabilidades mejores, que las que se deducen del hecho de la posesión del demandado, lo que facilitará al Juez, comparadas las posesiones y demás elementos probato

(103) Díez Picazo, Gullón, Sistema de Derecho Civil, Vol.III, Edit. Tecnos, Madrid, 1977, p. 82.

(104) La Acción Publiciana, ob. cit. ps. 82-83.

rios rivales, "hecha una síntesis de los elementos que derivan - de la doble eficacia apropiativa y presuntiva de las posesiones mismas, determinará cuál sea la posesión civil preferente" (105). Ahora bien, planteada la cuestión en estos términos lo que interesaría determinar es, si el Código civil confiere un mejor derecho para pretender la posesión frente a otro de inferior condición, o si por el contrario ha de atenerse nada más que a los interdictos, que como se sabe pierden su eficacia pasado el año de posesión, o a la acción reivindicatoria para la que es necesaria la propiedad. El autor citado contesta que dentro del Código civil no existe una sola disposición que conceda el poseedor de buena fe y justo título, el que pueda accionar contra un poseedor de condición inferior a la suya. Sin embargo, agrega, por el artículo 1658, párrafo 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se arbitra que en la sentencia del interdicto "... se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, el que podrán utilizar en el juicio correspondiente", lo que vendría a constituirse en el juicio plenario de posesión y por las características que encierra bien podría ser fundamento para la Publiciana. Con todo y no obstante dicha posibilidad, el autor estima que "en buena lógica, no puede deducirse de la existencia del plenario de posesión el reconocimiento de la Publiciana por la Ley procesal. Es al Derecho sustantivo al que corresponde fijar los criterios con arreglo a los cuales se decidiría el mejor derecho a la posesión y, en su caso, reconocer

(105) La Acción Publiciana, Ob. cit. p. 84.

un derecho publiciano protegido con su correspondiente acción. Pero es lo cierto que tal cosa no sucede en nuestro Código civil (106). Negada así la posibilidad de la existencia de la Acción Publiciana en el ordenamiento jurídico español, nos parece, no obstante lo autorizada que resulta la opinión del autor citado, que no estaría del todo alejada de una interpretación aceptable y actual, el pensar, que la ubicación de una norma en lugar distinto al que le debiera corresponder, como en el presente caso, pueda constituirse por sí sola como fundamento suficiente para excluir y prescindir de su normativa. Si en efecto se analiza como se hizo líneas atrás, de que para los exclusivos fines de la interpretación de las normas, en última instancia viene a convertirse en un verdadero contexto de una o - varias normas el propio ordenamiento jurídico en su totalidad (art. 3, 1º del C.c.), aparentemente no sería acertado efectuar una fragmentación del mismo, a través de estimarse que, por la circunstancia de que una norma no esté ubicada en el cuerpo legal que le debiera corresponder, ya la misma no ha de tener - aplicación en un caso concreto y por medio del ordenamiento jurdico específico en que se encuentre inserta. Piénsese por - otra parte, tal y como lo señala Hernández Gil en lo que él llama "interpretación integradora" (107), que el Código Civil es - un conjunto normativo predominante material y que la Ley de Enjuiciamiento civil es un conjunto normativo predominantemente -

(106) Ob. cit., p. 92.

(107) Dictámenes, I, Ob. cit. ps. 89-90.

procesal, lo que quiere decir que ninguno de los dos cuerpos legales se atribuyen a sí mismos la absoluta propiedad de expresar normas sustantivas o normas adjetivas, respectivamente, lo que bien entendido nos lleva a la conclusión, de que en cada uno de dichos ordenamientos puedan coexistir normas y en consecuencia ser debidamente aplicadas, aunque su contenido material o sustancial no responda a la directriz formal del cuerpo legal en donde se encuentre ubicada. Otra cosa resultaría si del párrafo 3º del artículo 1658 de la Ley Procesal, se dedujera sin lugar a dudas la imposibilidad de poderse incluir en su disposición la Acción Publiciana, porque de esa manera lo que quedaría bien claro es que dicha acción es del todo inexistente en el ordenamiento jurídico español; pero entonces el problema quedaría como de mera interpretación jurídica en lo que se refiere a la existencia o no y no sería un problema de ubicación espacial de la norma. Y, en lo referente a este último problema, analizando el mencionado texto en relación con lo que históricamente y en la actualidad se entiende por Acción Publiciana, estimamos que si bien se puede deducir de la mencionada norma como lo señala el propio García Valdecasas, que el juicio que se contiene en ella, corresponde al plenario de posesión y no propiamente al de una disposición específica que regule sustancial y procesalmente la Acción Publiciana (108), es lo cierto como él mismo lo de-

(108) Ob. cit., p. 91.

ja entender, que de dicho artículo no resulta excluida ni mucho menos la Acción Publiciana, pudiéndose por su conducto, actualizar y ejercer, el fin contenido en dicha acción, o sea, hacer prevalecer el mejor derecho de posesión sobre otro de condición inferior que el sustentado por el demandante. Con todo señala el mencionado autor, hoy en día en el campo jurídico español resulta de poca utilidad la existencia de la Acción Publiciana, por faltarle aplicación práctica, debido a que dentro del año del despojo el poseedor tendrá en su auxilio los interdictos y que pasado ese lapso de tiempo, aunque todavía no sea propietario dicho poseedor, no se le dificulta la interposición de la acción reivindicatoria, debido a que jurisprudencialmente se ha flexibilizado con gran amplitud la prueba del dominio, que se ha reducido en demostrar la existencia en el poseedor de un justo título de dominio, eliminándose de esa forma la probatio diabólica del título de propiedad. Y si a lo anterior se agrega que en materia de muebles, según el artículo 464, se dispone que la posesión de los mismos equivale al título y respecto a los inmuebles, se ha eliminado la inseguridad jurídica a través de la publicidad registral, las posibilidades de existencia de la Publiciana se reducen a la mínima expresión, esto, sino a la completa inutilización de la misma. Con todo, parte de la doctrina más relevante, pese a que en términos generales acepta semejantes objeciones, no por ello, no sólo acepta la existencia jurídica en el ordenamiento español de la Acción Publiciana, sino que, a la vez, comparte el criterio de la Jurisprudencia -

que en diferentes sentencias la ha admitido como una acción vigente en el actual estado jurídico del Derecho en España. Así, - Castán nos dice: "Indudablemente, el sentido y la doctrina concreta de la Acción Publiciana del Derecho romano no son adaptables al Derecho moderno. Pero ello no obsta para que pueda hoy obtenerse su misma finalidad de proteger al poseedor de mejor derecho. En efecto, desde el momento que ha quedado atenuada, - por obra de la doctrina científica y de la jurisprudencia, la exigencia de la prueba plena del dominio del actor, y se estima muchas veces, que para ejercer la reivindicación basta acreditar la preferencia del derecho del propietario sobre el del mejor poseedor, puede afirmarse que la acción publiciana está en cierto modo embebida en la acción de dominio" (109). Puig Brutau se muestra del todo anuente a que pueda recuperarse la posesión de una cosa por quien sólo demuestra mejor derecho a tenerla que el demandado (110). Parecidos criterios son sostenidos - por Puig Peña (111), Espín (112), Díez Picazo y Gullón (113). Disiente del criterio expuesto Albaladejo, quien entiende no sólo que la Acción Publiciana no se encuentra admitida en el Derecho español, sino que tampoco está embebida en la acción reivindicatoria. Lo primero, según su razonamiento, porque la protec-

(109) Ob. cit. p. 153.

(110) Ob. cit. p. 252.

(111) Ob. cit., p. 418.

(112) Manual, ob. cit. ps. 61 y 62.

(113) Ob. cit., ps. 82 y 83.

ción posesoria en el sentido de protección a la posesión, sólo se opera mediante los interdictos y respecto a la protección del derecho a poseer, ello dependerá de la relación jurídica de donde emane tal derecho a poseer. Y lo segundo, porque otra cosa es que se diga que el papel de la antigua publiciana lo cumple hoy en la práctica una reivindicatoria en la que no se exija la prueba rigurosa del dominio, pues entonces, no es que la reivindicatoria embeba a la publiciana, sino que, presupuestas y mantenidas las diferencias entre una y otra, y excluida la publiciana, se utilizaría la reivindicatoria para casos en que, de haberse admitido la publiciana, hubiese sido más apropiada (114). Ahora bien, aceptada como está en términos generales, la existencia y eficacia de la Acción Publiciana en el Derecho español, qué papel podría venir a desempeñar dicha acción en la mediación posesoria? El problema estimamos ha de abarcar se desde la perspectiva de los poseedores que conforman dicha institución y de esa manera habría que examinar la posición sustentada por el mediador posesorio y la que tiene el poseedor mediato.- A) Respecto al mediador posesorio hemos de señalar y reiterar en ese sentido, que dicho poseedor, si bien posee un derecho en la cosa por la que puede poseerla provisionalmente, es lo cierto que las características del mencionado derecho, no le permiten ni mucho menos tener la cosa, más que en

(114) Derecho civil, ob. cit., ps. 289, y ss. donde puede examinarse más detalladamente la posición sustentada por el mencionado autor.

concepto distinto del de dueño, reconociendo en otro sujeto su condición o calidad de dueño o copropietario de la misma, circunstancia determinante para entender y concluir, que si la publiciana se ha instaurado para la defensa del mejor derecho a poseer (en el sentido de posesión en concepto de dueño), se entiende que ese derecho al no corresponderle ni tenerlo el mediador posesorio en ninguna de sus variadas manifestaciones, es porque dicho sujeto carece de legitimación para interponer la mencionada acción. El derecho por el que posee la cosa podría eventualmente ser discutido, en el sentido de determinar si pertenece o no al mediador posesorio actual, pero dicha discusión en cierto sentido no lo sería siquiera contra el mediador posesorio, sino más bien contra el poseedor mediato de quien se ha derivado el derecho que en apariencia es objeto de litigio; y de todas maneras habría que entender siempre, que la discusión estaría motivada a determinar, cuál de los hipotéticos mediadores posesorios derivó primero el derecho de que se trate para poder llegar a poseer la cosa; más nunca el litigio se centraría en discutir, si alguno de los posibles mediadores posesorios tiene un derecho a poseer la cosa (un derecho de posesión sobre la cosa), haciendo abstracción del derecho de crédito - por el que llegan a poseer ésta. En ello, incluso, estaría situado también el propio usufructuario como su derecho real, - puesto que él lo que posee como dueño es el derecho de usufructo y no la cosa en sí, sobre la que se asentaría el derecho a poseer protegido por la Publiciana. En conclusión, estimamos, -

que el mediador posesorio carece por completo de la Publiciana y, en consecuencia, no se encuentra legitimado para su ejercicio.- B) En cuanto al poseedor mediato, habría, desde un principio que hacer la distinción, que éste tiene acceso a la Publiciana únicamente en aquellos casos en que su posesión lo sea en calidad de dueño o de propietario de la cosa, pues si su derecho como poseedor mediato lo es de carácter derivado ó de crédito, por las razones dadas en lo referente al mediador posesorio, también este poseedor mediato estaría sin legitimación para plantear la Publiciana. Ahora bien, teniendo en consideración que la Publiciana puede plantearse desde el propio momento en que se empieza a poseer como dueño o propietario, dentro de la mediación posesoria habría entonces dos momentos en que la misma podría instaurarse: a) en sustitución del uso de los interdictos, bien podría establecerse la Publiciana antes de que se cumpla el año de desposesión. En este caso, a nuestro entender, el efecto inmediato que se obtendría sobre la institución de la mediación, es que la misma se mantendría vigente, mientras se ventila el juicio respectivo, debido a que si bien se litiga un mejor derecho a poseer por el poseedor mediato y el tercero que le discute ese derecho, mientras el juicio se sustancia evidentemente que las relaciones de mediación establecidas no han sufrido ninguna mengua y, de esa manera, tanto el mediador posesorio como el poseedor mediato, mantendrán sus respectivas posiciones vigentes, reconociéndose mutuamente los derechos y obligaciones existentes entre ambos.

Terminado el juicio respectivo, si el poseedor mediato es vencido, pareciera indudablemente que la mediación posesoria se extingue, porque no habría en sí una sustitución constitutiva en el derecho del poseedor mediato (de donde pudiera continuar derivando su derecho y posición el mediador posesorio), sino que más bien sería un caso de extinción del derecho del poseedor mediato, lo que traería como consecuencia la extinción de la mediación posesoria, tal y como reiteradamente se ha venido afirmando. Podría mantenerse la mediación posesoria por consentimiento del nuevo poseedor mediato, pero, lo que se produciría - sería una nueva mediación posesoria, desvinculada completamente de la anterior.- b) Si el poseedor mediato y el mediador posesorio dejaran pasar el momento oportuno de interponer los interdictos dentro del año, el primero podría perfectamente instaurar la Acción Publiciana para discutir el mejor derecho a poseer la cosa. En este caso, sin discusión y al tenor del artículo 460, 4º - del Código civil, la posesión en el mediador posesorio se perdería y, consiguientemente, la mediación posesoria se extingue, quedando como único poseedor el mediato, quien será el que se encargue de sostener el juicio plenario de posesión con el tercero - que pretende un mejor derecho sobre la cosa. Ahora bien, como la Acción Publiciana se ha planteado después del año de desposesión según el artículo 1944, del Código civil, el poseedor que inicialmente mantenía posición de mediato y que se encontraba poseyendo en concepto de dueño, sufriría una interrupción de la usucapión que venía ejerciendo del mencionado derecho, lo que plantearía el

problema de determinar, si en tales circunstancias, podría siem
pre encontrarse legitimado para plantear y continuar el juicio
publiciano. Parece evidente y el propio García Valdecasas nos -
lo confirma (115), que la mencionada interrupción lo único que
generaría como efecto es el de retrasar la adquisición del títu
lo de propietario, pero su condición de dueño continuaría con -
fundamento en la posesión anteriormente ganada, que sería sufi-
ciente para entablar y mantener la Acción Publiciana. Con todo
y según se ha podido desprender de lo que hasta el momento se -
ha dicho, es obvio que el propietario, merced a la flexibiliza-
ción de la prueba del dominio, puede perfectamente hacer uso en
cualquier momento de la Acción Publiciana, como lo señala Cas-
tán, al obligársele a probar únicamente el título de dominio -
por el que posee la cosa y no la propiedad, que, aunque dicha -
acción como dice el autor último citado se encuentra "embebida
en la acción reivindicatoria", en rigor de principios habría -
que decir, que, en realidad, la Publiciana no estaría contenida
en la reivindicatoria, porque, además de que el propietario no
estaría exhibiendo como prueba el título de propiedad, sino un
simple título de dominio, por otra parte, tampoco estaría defen
diendo su derecho de propiedad, sino el derecho de propiedad, lo

(115) Ob. cit., p. 93, expresa que no habría razón, en tal su-
puesto, para perder la legitimación de la Publiciana, pues
ésta se funda en una posesión anterior con justo título y
buena fe.-

que se encuentra contenido en el derecho de propiedad, lo que -
hace en última instancia que su derecho de posesión sea de me-
jor condición que el del tercer pretendiente. (116).

(116) Albaladejo, Ob. cit., p. 291, dice que la Publiciana "tampo-
co está embebida en la reivindicatoria, pues - como decimos
-una cosa es facilitar la prueba del dominio, y otra permi-
tir que reivindique el que no pruebe (utilizando las facili-
dades que sea) ser dueño".

CAPITULO QUINTO

I. CASOS QUE NO SON DE MEDIACION PERO SI DE

POSESION COMO DERECHO

Sumario: 1.- Planteamiento del tema. 2.- La Posesión Civilísima. 3.- La Posesión Incorporal del Despojado.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Con la idea de lograr un contraste entre la figura de la Mediación Posesoria y otras de índole posesorio que se le asemejan, a fin de indicar en la comparación los rasgos característicos señalados en la primera, se ha creído de interés práctico el incorporar al presente trabajo, aunque sea nada más por vía de esbozo, dos figuras posesorias conocidas ampliamente en la doctrina y que se denominan como la Posesión Civilísima y la Posesión Incorporal del Despojado recogidas legalmente en el Código civil por los artículos 440 y 460, 4º, respectivamente. El interés básico y fundamental en dicha inserción, como se apuntó, es el de dando una visión general sobre las dos figuras sin ninguna pretensión de tratarlas exhaustivamente porque en sí esa no es la finalidad, señalando únicamente los rasgos característicos de las mismas, desprender de allí una labor de semejanzas y diferencias con la Mediación Posesoria que posibilite de cierta manera en dicha confrontación, el recalcar los elementos comunes de ésta y a la vez dejar claro, que dichas figu—

ras no representan en sentido técnico-jurídico casos de mediación posesoria. Por otro lado no escapa a la inteligencia de los casos en cuestión, el dejar siquiera apuntada la circunstancia, de que al referirnos únicamente a las dos figuras posesorias dichas, no se pretende con ello agotar las situaciones jurídicas que bien podrían asumir posiciones semejantes a las aquí desarrolladas (1), sino que entendiendo la existencia de múltiples de ellas, por dicha razón han de ser excluidas siquiera de un somero examen, cada una de ellas; pero además, situándose las mismas fuera del Libro Segundo, Título V - del Código Civil que trata exclusivamente de la Posesión, es preferi

-
- (1) Melón Infante, Ob. cit., ps. 40 a 50, entre algunas de las figuras que señala semejantes a la Mediación Posesoria, se refiere:
- a) El Retracto Convencional, que se comprende en una compraventa con pacto de retro, por medio del cual es posible que el comprador, dentro de un cierto plazo, devuelva la cosa al vendedor y éste a su vez le reintegre al primero el precio pagado.-
 - b) Reversión de Donación, semejante al caso antes expuesto, sería aquella por el que el donatario, según así se haya pactado con el donante, ha de devolver a éste la cosa tan luego se cumpla la condición estipulada.-
 - y c) El Pactum Reservati Dominii, que lo encarna típicamente la compraventa a plazos, pues no obstante poseer la cosa el comprador, es posible que la misma pueda retornar al vendedor, si no se cumplen con el pago de los tractos pactados y, en caso contrario, revertería en el primero la propiedad una vez que se haya cumplido la obligación de pago en su totalidad. Como podrá observarse de los casos indicados, se da una relación jurídica entre dos sujetos, por el que uno de ellos entrega al otro una cosa, que, según los casos, puede reintegrarse posteriormente al primero, al igual que sucede con la Mediación Posesoria. Sin embargo, dichas figuras difieren sustancialmente con esta última porque, a diferencia de lo que sucede en la Mediación Posesoria, en ellas la cosa se ha entregado en propiedad al segundo sujeto bajo una condición (resolutoria o suspensiva),

ble en completa armonía con dicho Título, hacer referencia sólo de aquéllas que si ocupan un lugar en el mismo y que en cierta forma - pueden mantener una estrecha relación con la Mediación Posesoria, - como se ha podido comprobar por lo menos con el supuesto recogido en el artículo 460, 4º, del Código Civil.

2. LA POSESION CIVILISIMA

A) SITUACION DOCTRINAL DEL ARTICULO 440 DEL CODIGO CIVIL

Al igual que otros artículos comprendidos en el Título de la Posesión, el 440 ha sido objeto de varias interpretaciones y de algunas polémicas, que han puesto de relieve fundamentalmente lo afirmado por algunos autores, en el sentido de que dicha norma se encuentra construida por "un conglomerado de principios y conceptos romanos, germánicos y canónicos, no siempre conexos entre sí y no todos recogidos de fuentes directas... - lo que... explica aunque no justifica, la inseguridad de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia en tema de posesión" (2). El ya señalado artículo 440, situado - en el Capítulo II dedicado a la Adquisición de la Posesión, refiere literalmente que "La Posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue adirse a la herencia. El que válidamente repudia una herencia se entiende que no la ha poseído en ningún momento". De la norma transcrita se ha dicho en pri

(1) (cont. pág. ant.) ...que al cumplirse hace que la cosa regrese a poder del primero. Para un examen más detenido de otras figuras, pueden verse las páginas 29 a 56 de la obra mencionada.

mer lugar, que es una disposición que proclama una sucesión por subrogación de la posición sustentada por el causante y que viene a ser ocupada en las mismas condiciones en que éste la tenía por sus herederos, o sea, que lo que tiene lugar es una sustitución (3), lo que significa, que si el causante era poseedor en un concepto determinado, esa misma posición es la que el heredero ocupará tan luego subentre en la sucesión, agregándose en ese sentido que, "...Parece, por todo lo expuesto, que la trascendencia del art. 440 C.c. es la apuntada, esto es, la de posibilitar la subrogación de los herederos en la misma posición jurídica que la tenía el de cuius." (4). Aunque parece ser que la tesis de fondo respecto al contenido de la norma en comentario viene a constituirse en esa, o sea, en la sustitución que el heredero realiza en la posición de su causante, parece ser, en segundo lugar, que ha resultado más controvertido el hecho de determinar el momento exacto en que dicha sustitución se opera, pues mientras una corriente doctrinal se atiene a los postulados vigentes y heredados del Derecho romano, proclama otra, que más bien la norma conocida plasma el sistema germánico de sucesión, en apariencia, co-

(2) Pérez González y Alguer, Ob. cit., p. 39.

(3) Traviesas, M., Sobre Derecho Hereditario, Rev. Der.Priv. Ene.1921 ps. 1 y 2, expresa: "En una relación que no sea inherente a una determinada persona, cabe que una persona se sustituya a otra. El sustituto se halla en la situación en que se hallaba el sustituido. La sustitución en esta forma, es un caso de sucesión...La sustitución, a que me refiero, puede operarse en virtud de distintas razones jurídicas, ó títulos de adquisición. Y estos títulos pueden ser inter vivos o mortis causa."

(4) Martínez Rádío, Antonio de la Esperanza, El Problema de la Sucesión en la Posesión, Rev. Der.Esp. y Amer., N° 23, 1960, ps.223 a 225.

mo el caso antitético al primero. (5). La significación de lograr de terminar en definitiva cuál de los dos sistemas es el recogido en la norma antes citada, tiene su trascendencia en la similitud que la posición civilísima pueda tener con la mediación posesoria, pues, aunque sea solamente de manera parcial, con ella se lograría extraer en casos singulares, las diferencias y semejanzas entre las dos figuras en cuestión. Por ello creemos de interés el tener que referirnos, - aunque sea sólo sucintamente, a cada uno de los sistemas nombrados, para lograr, pretendidamente, desembocar con claridad en los fines - propuestos conforme se deducirá del desarrollo posterior.

B) SISTEMA ROMANO

Para lograr una clara delimitación en el Derecho romano sobre la adquisición hereditaria de la posesión, es necesario hacer mención que el tratamiento dado a dicha institución, varía conforme se señale su existencia en la Epoca Clásica o en la Postclásica, lo que nos obliga a referirnos a cada una de ellas por separado. a) En la Epoca Clásica, como es sabido (6), la posesión fue concebida como un hecho, por donde los elementos componentes de la institución, el corpus y - el animus, formaban una unidad indisoluble que se mantenía mientras ninguno de los elementos desapareciera y de ahí, que los romanos de dicha época consideraran que la posesión con semejantes características, era intransferible de un sujeto a otro. Mientras la herencia en general podía adquirirse ipso iure desde la muerte del causante, si

(5) García Valdecasas, G., La adquisición de la Herencia en el Derecho Español, Rev. Der. Priv., Feb., 1944, p. 90.

(6) Jörs-Kunkel, Ob. cit., ps. 161-162.

se trataba de los herederos sui et necesarii (7) y mediante la aceptación (o repudiación en su caso) expresa en este último caso que los efectos de la aceptación se retrotraían al momento del fallecimiento del causante (9), a la posesión considerada como un hecho, le era negada la transmisión hereditaria y para lograrla en las cosas era necesario tomarlas naturalmente (10).- b) En el Derecho Postclásico, manteniéndose la adquisición de la herencia mediante la aceptación o sistema voluntario y que a su vez es el que se transmite a -

-
- (7) Roca Sastre, Ramón, La Adquisición Hereditaria de la Poesión, Rev. Leg. Jurisp., Centenario, 1953, p. 337, afirma que no es completamente exacto la expresión corriente de que los herederos sui adquirían ipso iure la posesión de su causante, debido a que, en vida del Pater Familias los sui eran coposeedores de los bienes del patrimonio familiar, por lo que al morir aquél, no tenían necesidad de tomar la posesión de los bienes, porque ya los tenían bajo ese poder.-
- (8) García Garrido, Manuel, De la "Bonorum Possessio" a la Posesión Civilísima, Rev. Der.Not., Ene.Mar. 1967, ps. 125-126.
- (9) García Valdecasas, Ob. cit., p. 90.
- (10) Cristóbal Montes, Angel, La Transmisión Hereditaria de la Posesión en el Derecho Comparado, Rev. Der. Priv., 1968, ps. 1037-1038, sobre el tema, expresivamente expone lo siguiente: "Parecen existir pocas dudas, en efecto, a pesar de que el llamado a suceder adquiere por la aceptación la titularidad de las relaciones jurídicas, activas y pasivas de su causante, la transmisión de la posesión de las cosas hereditarias, por el contrario, no tenía lugar hasta que el heredero realizase la aprehensión material o toma de posesión de las mismas, en razón de la peculiar concepción romana de ver en la posesión una mera situación o estado de hecho no susceptible, por ende, de transmisión ideal o incorporal. Se patentiza, pues, que la aceptación hereditaria provoca la adquisición por parte del heredero de todos los derechos transmisibles del de cuius, mientras que la posesión de los bienes hereditarios, en cuanto puro hecho, no pueden ser objeto de transmisión sucesoria, requiriéndose para la misma la efectiva dominación fáctica o sujeción corporal de dichos bienes".

los Derechos modernos (11), la concepción de la posesión sufre una variante al concebirse la factibilidad de mantenerse la misma, en base a la permanencia en el sujeto únicamente del animus possidendi prescindiéndose para ello del corpus y convirtiéndose a aquél en un verdadero derecho. Así se nos dice que "Esta transformación del carácter de la posesión se debe a la preponderancia del animus possidendi. Justiniano y tal vez antes las escuelas bizantinas, desarrollando las doctrinas de Paulo sobre el a.poss. sólo en germen en este jurisconsulto, rompen la relación que en Derecho clásico existía entre la possessio corpore y el a. poss., en beneficio de este último, siendo la inmediata consecuencia la conservación de la posse-
ssio" sólo animo"" (12). Esta circunstancia provoca, según podemos entender, una incidencia directa en la sucesión mortis causa, por medio de la cual al ius hereditario conocido, se le une y lo engrasa, el compuesto por el ius possidendi o animus, desprendido ya de la possessio corpore, transformado en derecho, consecuencias o efectos jurídicos derivados de la posesión del causante y que merced a la sustitución que opera el heredero en la posición del de cuius, viene a formar parte del derecho hereditario que pasa al sucesor - (13). De esa manera habría que concluir según lo hasta ahora expues

-
- (11) Espín, La Adquisición de la Posesión Immaterial en el Derecho Español, Ob. cit., p. 47.
- (12) Espín, La Sucesión en la Poesión y la Unión de Posesiones en la Usucapión, Ob. cit., ps. 597-598.
- (13) Roca Sastre, ob. cit., ps. 353-354, afirma, que pese a que en Derecho romano prevalecía que el heredero debía de tomar la po sesión naturalmente, ello no quería decir que a éste no pasara nada de la posesión del causante, ya que por obra de la succe ssio in omne ius defuncti, el heredero se subroga en la misma posición jurídica de su causante y en consecuencia pasaban a él

to, que no obstante en Derecho romano la posesión de hecho no era - objeto de sucesión mortis causa, pues el heredero estaba siempre - obligado a tomarla natural o fácticamente, no menos cierto resulta el de que, en virtud del ius possidendi, el sucesor se beneficiaba de los efectos que la posesión de su causante generaba y al operarse la sustitución, recibía los mismos como un derecho involucrado - en el ius hereditario que se transmitía.

C) SISTEMA GERMANICO

El sistema germánico de sucesión, que es el mismo que rige - también en Francia, es el denominado como de adquisición ipso iure de la herencia y consiste, en que el heredero adquiere la herencia desde el momento mismo de la muerte del causante, sin necesidad expresa de aceptación por su parte, o sea, sin solución de continuidad a partir del deceso, incluyéndose dentro del ius hereditario la misma posesión de los bienes relictos (14). Esta forma de funcionar la transmisión hereditaria en los pueblos germanos, obedece a razones históricas bien definidas y que se localizan en la comunidad do

(13) (cont. pág. ant.) ... los efectos de aquella posesión, como la usucapión, las acciones posesorias y la adquisición de frutos, entre otros efectos.

(14) Espín, La Adquisición de la Posesión Inmaterial..., Ob. cit., ps. 48-49, indica que el sistema germánico "no solo implica la adquisición ipso iure de los derechos, sino también de la Gewere de los derechos reales, se transmite al heredero en su forma ideal o espiritualizada... El mismo sistema germánico es seguido en el Derecho francés, que nos ha transmitido la máxima propia del mismo "le mort saisit le vif"..."

méstica de vida en la que se encontraban organizados. En efecto, se nos dice que "En Germania el Derecho sucesorio descansa en la comunidad doméstica que en vida del causante existe entre él y sus herederos vinculados al hogar; por ello, la herencia pasa al heredero automáticamente en el momento de la muerte del de cuius..., y por ello, de la misma manera que el heredero adquiere los derechos de su causante sin necesidad de aceptación, así también resulta poseedor de los bienes hereditarios sin que se precise aprehensión material de los mismos..." (15). Se comprende entonces, que a diferencia del Derecho romano que exigía para la transmisión hereditaria la aceptación por parte del heredero, en el sistema germánico el heredero recibía el ius hereditario al momento de la muerte del causante y sin necesidad de manifestación alguna por su parte, transmitiéndosele igualmente en la misma forma la posesión que éste disfrutaba. Pero, en realidad, se trataba de la posesión que el de cuius disfrutaba? Refiere el autor ultimamente citado (16), que lo que adquiría el heredero en lo relativo a la posesión, era la Gewere — ideal o sea, la caracterizada por ausencia de detentación corporal (17), por lo que en la práctica y en especial en el caso de los herederos ausentes al momento del deceso del causante, se realizaba un acto por el que se tomaba formalmente la posesión, transformándose de esa manera su Gewere ideal en Gewere corporal y se evitaba así, que otro sujeto adquiriera una Gewere jurídica por la que pudiera verse despojado de la cosa transmitida. Es, pues, con la for-

(15) Cristóbal Montes, ob. cit., p. 1038.

(16) Cristóbal Montes, ob. cit., p. 1039.

(17) García Valdecasas, ob. cit., ps. 108-109.

ma indicada de transmisión hereditaria expuesta, que en el fondo de la misma lo que subyace es una verdadera ficción del hecho concreto y material de la posesión del causante, que al igual que los romanos consideraban intransferible del de cuius al heredero, por lo que se daba únicamente una investidura ideal (se podría decir jurídica) del hecho de la posesión, en el que se encontraban involucrados los efectos y derechos que la posesión del causante había producido en vida, produciendo en el heredero una posición posesoria con las mismas prerrogativas como si en realidad estuviese disfrutando corporalmente de ésta.

D) SINCRETISMO DOCTRINAL

Se ha dejado expuesto, siquiera en sus líneas generales, las características que informan cada uno de los sistemas de transmisión de la herencia y la posesión, que han venido rigiendo en diferentes ordenamientos jurídicos, así como la diferencia, aparentemente esencial, que los distingue entre sí y que los hace, según se vió afirma algún autor, ser sistemas contrapuestos y antagónicos. En adelante, muy sintéticamente, expondremos una corriente doctrinal que sostiene que la pretendida antinomia entre ambos sistemas de transmisión hereditaria, lo es, más que real, aparente, pues las diferencias que pudieran encontrarse entre ambos se deben en mayor medida a circunstancias históricas y a variantes conceptuales y terminológicas, ya que examinados en sus detalles se logra obtener en ambos, resultados semejantes. Así se afirma que "No es cierto que en el sistema romano al heredero no pase nada de la posesión del causante, -

como tampoco es cierto que en el sistema germánico pase al heredero toda la posesión del difunto. La verdad es que de dicha posesión ni en el sistema romano no pasa nada al heredero, sino algo, ni en el sistema germánico pase todo, sino también algo, y que este algo en rigor es idéntico." (18). Partiendo el autor mencionado del conocido texto de Javoleno: "Que heredes institute sumus, adita hereditate, omnia quidem iura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet" (D, 41,2,23 pr.)("Cuando -somos instituidos herederos, adida la herencia, pasan ciertamente a nosotros todos los derechos, pero la posesión, no nos pertenece si no ha sido tomada naturalmente") (19), afirma que la misma se convierte en una verdad institucional en todos los ordenamientos jurídicos que tengan una concepción completa de la posesión, o sea, que se le trate como un señorío de hecho sobre una cosa. Esa circunstancia motiva, como se señaló, que en Derecho Romano no es cierto que de la posesión del causante no pase nada al heredero, pues en virtud de la *successio in omne ius defuncti*, al ocupar el heredero la misma posición del causante, se subroga en la posición jurídica de éste y en consecuencia, pasan a su haber hereditario los efectos de la posesión por aquél disfrutada. De esa manera el heredero continúa en la usucapión que el causante tenía, aun dentro del período de yacencia de la herencia; tiene a su haber las acciones posesorias tanto las de retener como las de recobrar, así como el interdicto *quorum bonorum* por el que, al igual que el interdicto de adquirir actual,

(18) Roca Sastre, Ob. cit., p. 353.

(19) Espín, La Adquisición de la Posesión Inmaterial..., ob. cit.48

el heredero a través del pretor obtenía la posesión efectiva de los bienes que le habían sido concedidos por éste (20); y por último, el heredero adquiría el derecho a los frutos aún en el supuesto de herencia yacente (21). En el Derecho Germánico, teniéndose igual concepto de la posesión, como es, como un señorío de hecho sobre una cosa que se expresa a través del ejercicio del dominio o de un derecho real, se entiende perfectamente que en el supuesto de la sucesión mortis causa la posesión no pasa al heredero en forma ipso iure, sino que lo que se hereda es el derecho posesorio por el que éste puede apoderarse de la cosa, ya que la ley no puede transmitir un señorío verdadero sobre una cosa, sino lo que hace es únicamente transmitir las consecuencias o efectos jurídicos del hecho posesorio ya extinguido con la muerte del causante (22), criterio que es confirmado también por otro autor cuando expresa que "la posesión que se transmite ipso iure es una posesión incorporal, mientras que la que se adquiere con el interdicto es la posesión efectiva, de hecho..." (23). Ahora bien, si en apariencia los dos sistemas según lo que se ha expuesto, contienen soluciones semejantes al problema de la sucesión de la posesión que el de cuius transmite, puesto que ambos están de acuerdo en que la posesión de hecho es intransmisibile y que lo único que pasa del causante al heredero son los efectos de aquel hecho posesorio extinguido, cuál es entonces en de

(20) García Garrido, ob. cit., ps. 131-132.

(21) Roca Sastre, Ob. cit., ps. 355 a 360, y Nota nº 64.

(22) Roca Sastre, Ob. cit., p. 361.

(23) García Valdecasas, De Nuevo sobre la Adquisición de la Herencia, Rev. Der. Priv. 1951, 993.

finitiva la base de la antinomia al principio apuntada y del que en la doctrina se encuentren dos corrientes que sostienen sobre la materia puntos dispares? El autor Roca Sastre sobre el que hemos seguido estas líneas, responde, que el problema así planteado, en rigor, obedece a considerar que en el sistema germánico se da el nombre de posesión a algo que no lo es, con la finalidad de atribuir al heredero la "condición de poseedor" de los bienes que poseía el causante a efecto de que en la vida jurídica sea tratado como tal poseedor y pueda a la vez aprovecharse de los efectos o condiciones jurídicas que entraña la categoría de poseedor, o sea, que lo que se pretende es darle beligerancia al heredero para que pueda tutelar los bienes relictos. En esas proporciones, estima el autor, ha de reducirse el concepto de la llamada posesión civilísima del artículo 440 del C.c. Y termina diciendo, que, en consecuencia, no existiendo en los fines propuestos por cada uno de los sistemas ninguna diferencia, se debe concluir afirmando que entre los mismos no existe ninguna antinomia o desemejanza seria y que solamente ha de distinguirse en los mismos el que, en el sistema romano el heredero se subroga en la misma posición jurídica que tenía el causante, mientras que en el germánico, como no opera la sucesión en las personas sino que lo es en los bienes, la ley se ve precisada a plasmar el artificio de atribuir al heredero la condición de poseedor respecto de las cosas que poseía el causante, aunque a través de la ficción de investir al heredero de la posesión que tenía el causante (24); lo

(24) Ob. cit., ps. 376 a 384. En el mismo sentido se pronuncia Puig Brutau, Ob. cit., ps. 88-89, quien expresa que la concepción sobre la transmisión de la herencia que se aplica en el sistema -

que facilita en ambos casos que el heredero, no obstante no poseer - de hecho la cosa o bienes hereditarios, pueda con relación a los mismos, atribuirse una serie de facultades jurídicas que le permiten, - no sólo llegar a adquirir el dominio por prescripción, sino también defender y hacerse entregar la posesión efectiva y real de las cosas que forman el caudal sucesorio, pudiendo aprovechar en la etapa transitoria hacia la efectiva aprehensión corporal de los bienes, el disfrute de los frutos que los mismos hayan producido antes de la muerte del causante o dentro del mismo periodo de yacencia de la herencia, en el supuesto de regir el sistema romano.

E) LA DOCTRINA ESPAÑOLA EN TORNO AL ARTICULO 440

Al igual que muchas otras figuras jurídicas contenidas en diversas normas del Código Civil, la encarnada en el artículo 440, ha sido considerada como partícipe de los lineamientos teóricos impuestos por el sistema romano de sucesión, por el que, para subentrar en la sucesión, le es impuesto al heredero el tener que aceptar su designación como tal. Traviesas comentando que no obstante parecer que de los artículos 667 y 661 del Código Civil pudiera desprenderse que el heredero sucede al causante a partir del momento de la muerte del último, esto no ocurre así, debido a que conforme los artículos 988

(24) (cont. pág. ant.) ... romano, bien pueden ser admisibles y coincidentes con la interpretación de las reglas correspondientes - del Código Civil alemán, debido a que en esta materia "es preciso despojar de todo misterio a esta cuestión y comprender que - la ley se limita a disponer lo que efectivamente está a su alcance conseguir, sin necesidad de ficción alguna".

y 989 *ibidem*, como la aceptación es voluntaria, la aparente contradicción entre las normas citadas se resuelve, desde el momento en que el heredero se decide a aceptar la herencia, momento en el cual es que pueden entenderse que inicia la sucesión (25). Sin embargo, no obstante estimarse por la doctrina dominante que el Código civil sigue el sistema romano de la aceptación de la herencia, García Valdecasas (26) cree encontrar en el artículo 440, aparte de los argumentos que le suministran los artículos 657 y 661 *ibidem* como complemento del artículo último nombrado, para también desprender que en el caso de la posesión, ésta también es objeto de transmisión *ipso iure* a los herederos a partir de la muerte del causante; circunstancia que no tiene otra explicación, si partiendo de que los redactores del Código teniendo un concepto de la posesión como una institución de hecho, al decir por el párrafo 1º del art. 440 que la posesión "se entiende transmitida", lo fue con el fin dirigido a que la ley fingiera la transmisión de la posesión, con el objeto de que los herederos aprovecharan desde la muerte del causante, todas las ventajas y facultades que correspondían a éste (27). A esta forma de apreciar el problema se unen a dicha corriente Martínez Radío (28) y Espín (29), entre

(25) Ob. cit., ps. 8-9,- Cristóbal Montes, Ob. cit., ps. 1051-1052 expresa que "La doctrina tradicional española (todavía hoy dominante) ha considerado que el Código civil acepta, pese a lo confuso de alguno de sus preceptos, el sistema romano de aceptación de la herencia mediante la aceptación; el llamado a una herencia no la adquiere por la sola delación, ésta únicamente le confiere la opción de aceptarla o rechazarla (*ius delationis*)!"-

(26) Ob. cit., p. 90.

(27) Ob. cit., ps. 108-109.

(28) Ob. cit., ps. 223-224.

(29) La Adquisición de la Posesión Inmaterial..., ob. cit. ps. 72 a 74.

otros diciendo, por su parte, éste último que "A la vista de estos - antecedentes nuestro Código si bien sigue el sistema romano, de tan larga tradición patria, de la necesidad de la aceptación para la adquisición de la herencia, se aparta en cambio de dicho sistema en - cuanto a la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios, - dejándose arrastrar de una parte por la corriente imperante en el De recho extranjero, según hemos visto, pero de otra teniendo en cuenta posiblemente que la doctrina de la posesión civilísima no era nada - nuevo en nuestra tradición jurídica, sino que ya estaba consagrada - por la legislación de Toro". Con todo, el argumento más fuerte para considerar que la posesión de los bienes hereditarios pasa al heredero ipso iure desde la muerte del causante, nos parece, nos lo suministra el propio García Valdecasas, quien sosteniendo que el artículo 440 es una prueba más de la vigencia del sistema germánico en el ordenamiento español en lo tocante a la sucesión y posesión de los - bienes relictos, razona rigurosamente diciendo: "En cuanto al artículo 440, cuyo primer párrafo tiene una redacción que, ciertamente, puede dar lugar a dudas, creemos que éstas quedan desvanecidas con la - atenta lectura del párrafo segundo, que viene a precisar el verdadero sentido del artículo: "el que válidamente repudia una herencia, se entiende que no la ha poseído en ningún momento". Este precepto carecería de sentido si la posesión no se hubiese adquirido antes de repudiar; ahora bien, si el repudiante poseía los bienes antes de repudiar, es evidente que los poseía antes de la aceptación, pues presupuesto necesario de la repudiación es que no se haya aceptado aún; - luego es manifiesto que la posesión se adquiere antes de la aceptación, en el momento de la muerte del causante." (30). A esta corrient

(30) Ob. cit., p. 108.

te doctrinal y a los argumentos esgrimidos a su favor, se opone un grupo de autores que podría decirse encabeza Roca Sastre, negando rotundamente que en el ordenamiento jurídico español se siga el sistema germánico de transmisión de la herencia y la posesión ipso iure. Sostiene que, en base al artículo 440 siempre es necesaria la aceptación y una vez realizada, pasan al heredero los efectos jurídicos de la posesión de su causante (31), al igual que sucedía en el Derecho romano principalmente a los efectos de la usucapión, pues se consideraba en ese sentido, que la posesión del causante continuaba en los herederos, o sea, que la muerte del causante no interrumpía la usucapión; sirviendo de apoyo a lo dicho el propio artículo 1015, pues con él se demuestra, que el heredero no la adquiere ipso iure la herencia, pues puede suceder el caso, como señala el artículo, de que exista la circunstancia de que el heredero no tenga en su poder la herencia o parte de ella, agregando en apoyo de lo dicho: "Si por precepto expreso del Derecho romano la sucesión del difunto pasa como continuada (quasi iuncta descendit) al heredero, principalmente a los efectos de que prosiga su curso la usucapión comenzada por el causante, a pesar de que la posesión efectiva es requisito vital en esta figura jurídica, y, no obstante todo ello, el propio Derecho romano proclama la intransmisibilidad ipso iure de la posesión del causante al heredero, principio éste que precisamente hace que en esta materia el sistema romano sea presentado como la antítesis del sistema germánico de la posesión civilísima, ¿no constituye esto una clara demostración de que no incompatible con el principio de no transmisión de la posesión al heredero, la regla de que principalmente a

(31) Ob. cit., ps. 346-347.

los efectos de la usucapión se entiende que pasa como continuada la posesión del causante al heredero? Nosotros creemos que esto es evidente..." (32). Pero, además, a lo dicho se agrega un argumento positivo-histórico consistente en presentar, que el antecedente legislativo del artículo 661 que dice "Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones" que lo es el artículo 554 del proyecto del Código civil de 1851 que decía: "Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión", demuestra a las claras, que al suprimírsele al artículo 661 actual, el párrafo último del 554, el legislador español no quiso inclinarse por el sistema germánico y prefirió continuar en este punto con el sistema romano que es el tradicional en España (33). Por último, a los ya sólidos argumentos esbozados por Roca Sastre, se une el criterio de Albaladejo, quien adscribiéndose a que el Código civil sigue el sistema romano de la aceptación, sostiene que ello es así en base a varios factores, a saber: 1º) a una visión de conjunto del Derecho sucesorio español; 2º) en el mayor número de textos que pueden servir para resolver el problema; 3º) en la filiación histórica fundamental de nuestro régimen sucesorio y 4º) en la opinión de la doctrina no ya dominante, sino casi unánimemente acogida (34). Sin detenernos con este autor a examinar los problemas sobre la adquisición de la herencia que ya han sido esbozados, nos interesa más bien

(32) Ob. cit., ps. 347 y 348.

(33) Ob. cit., ps. 345.

(34) La Adquisición de la Herencia en el Derecho español. An. Der. Civ., En. Mar., 1955, ps. 10-11.

el enfoque que él realiza del artículo 440 y que contiene una refu
tación a lo dicho sobre tal norma por García Valdecasas en lo refere
rente al párrafo segundo, pues, de esa manera, en palabras decidida
mente autorizadas, se puede sentar el principio indudable de que
el Código civil español, sigue el sistema romano de adquisición de
la herencia y la posesión mediante la aceptación y que los argumenta
tos en pro de la tesis germanista, para que sean valederos, necesita
tan fundamentalmente demostrar en primer lugar que dicho sistema -
verdaderamente rige en el Código. Pero sin más, oigamos lo que este
autor nos dice al respecto: "..., ese segundo párrafo del artícu
lo 440 verdaderamente ni aclara las dudas que pudiera haber susci
tado el primero, ni prueba que se poseía antes de la aceptación,
porque con dicho segundo párrafo no se pretende borrar una posesión
transmitida ipso iure -y, por tanto, antes de la aceptación -, sino
que se pretende sólo borrar los efectos del hecho de que el llamado
hubiese sido realmente poseedor antes de aceptar o repudiar, y
al final se hubiese decidido por la repudiación. Borra - dentro de
lo que sea posible - no una previa posesión civilísima y necesaria
a tenor del párrafo primero, sino una eventual posesión previa no
civilísima... De forma que, aun para los que, como García Valdecasa
sas, piensen que el artículo 440 dispone la adquisición ipso iure
de la posesión, queda patente lo siguiente: con tal interpretación
el artículo 440 sería un complemento de la adquisición ipso iure -
de la herencia, siempre que previamente se haya demostrado que -
nuestro Código acoge la adquisición ipso iure de la herencia. Ahora
bien, a falta de tal demostración, la referida interpretación -
germánica del artículo 440 no prueba que éste sea complemento algugu

no, sino sólo prueba que respecto a la posesión se ha seguido el sistema de transmisión ipso iure, que es perfectamente compatible, como el propio García Valdecasas afirma explícitamente, por la admisión de nuestro Código de la adquisición de la herencia por aceptación" (35). Conforme lo que queda expuesto, somos del criterio, que no puede quedar duda alguna que el Código Civil se mantiene en la adquisición de la herencia y de la posesión, dentro de los postulados del sistema romano, porque manteniéndose incólume el principio de que la posesión como hecho es intransferible por vía mortis causa, es lo cierto que el heredero recibe, mediante la sustitución que efectúa en la posición del causante, los efectos jurídicos emanados del hecho de la posesión ya extinguida del causante, principio éste que rige en el germánico, con la variante de que la transmisión se efectúa ipso iure a partir de la muerte del causante.

F) RELACIONES ENTRE LA POSESION CIVILISIMA Y
LA MEDIACION POSESORIA

A) Previamente al planteamiento sobre las posibles semejanzas y -
disparidades entre las dos figuras, creemos de importancia señalar
un aspecto sobre el que no se ha puntualizado suficiente y claramen

(35) Ob. cit. ps. 24-25, - Roca Sastre, Ob. cit., ps. 350-351, Nota nº 43, expresa que según el párrafo 4º del art. 999, el heredero electo antes de aceptar, puede realizar actos de conservación y administración provisionales sobre los bienes hereditarios, los cuales no entrañan aceptación de la herencia, pero sin embargo, si conllevan necesariamente la posesión de los mismos.-

te en las líneas anteriores y es el que se refiere a determinar, qué es en sí la posesión civilísima, cuál es su verdadero origen y si en definitiva la misma se encuentra recogida en el artículo 440 del Código Civil.- a) Con la denominación de posesión civilísima (concepto este último usado en superlativo por Baldo (36) para denotar un grado mayor de abstracción que el contenido en el concepto romano de la posesión civil), se ha señalado la transmisión al heredero ipso iure de la posesión de los bienes hereditarios poseídos por el causante, sin que por aquél exista acto alguno de material aprehensión de los bienes relictos, para considerársele como poseedor (37). El artículo 440 en el párrafo primero y en sus primeras líneas dice que "La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante..." texto del que se pueden extraer varios elementos. En primer lugar se habla de posesión de bienes que han pertenecido o que han estado en la posesión del causante. En principio podría pensarse, que la posesión transmitida, lo es la natural que como señorío de hecho se define en el artículo 430 C.c. Sin embargo, como ya se ha afirmado líneas atrás, dicha posesión no lo puede ser debido a que es la que el causante disfrutaba, la que al morir éste, se extingue también con la muerte del cuius necesariamente. Desechado este primer razonamiento surge otro un poco más factible, en el sentido de que la posesión a que se refiere el artículo 440 podría ser la de un derecho de pose-

(36) Vallet de Goytisolo, Juan: Apuntes de Derecho Sucesorio, Inst. - Nal. Est. Jur., del ADC, Madrid, 1955, ps. 286-287, Nota nº 523.

(37) Espín, La Adquisición de la Poesión... Ob. cit., p. 72.- Vallet, Ob. cit., ps. 287-288, nota nº 530.

sión o un derecho a poseer o *ius possidendi*, que por su inmaterialidad, bien podría tener cabida en una transmisión *ipso iure*. Sin embargo, como lo señala el propio Roca Sastre (38), tal concepción habría que rechazarla también, porque tanto el derecho de poseer como el de recho a poseer estarían formando parte del dominio, como una de sus facultades, pero que no podrían estar asimilados a la posesión propiamente dicha, o sea, a la posesión propiamente abstraída del dominio o derecho real que pudieran pertenecer al causante. Se dice por otro lado que la mencionada posesión no pudiéndose calificar como de recho, ha de concluirse que la misma es una espiritualización del hecho de la posesión disfrutaba por el causante (39) y que, de esa manera se lograría conciliar, que el heredero obtenga los efectos jurídicos que lo presenten en la realidad como un verdadero poseedor. Sin embargo, estimamos, que si al hablar de la posesión mediata se criticó supra página 85, que la misma no podría ser considerada en Derecho español como una espiritualización de la posesión de hecho en poder del poseedor inmediato, pues aquella evidentemente debía de ser calificada como posesión de derecho a tenor del art. 430, con mucho

(38) Ob. cit., ps. 371-372.- Vallet de Goytisolo, La Concurrencia de Varias Posesiones..., ob. cit. ps. 568 a 570, dice que la transmisión hereditaria de la posesión denominada posesión civilísima, a lo que se refiere es a la transmisión del derecho y no a la tenencia material.- Traviesas, ob. cit. p. 10, también expresa que dicha transmisión lo es de un derecho y no del hecho de la posesión.-

(39) Vallet, Apuntes..., Ob. cit. p. 290, Nota nº 535, in fine.- Espín, La Adquisición de la Posesión..., Ob. cit. p. 74. dice que el art. 440 contiene una de las manifestaciones de la posesión espiritual, que, como excepción a posesión corporal, permite el código.

mayor razón ha de rechazarse el concepto de espiritualización que se pretende endosar a la posesión definida en el art. 440, cuando precisamente el hecho de la posesión que el causante tenía se extinguió - necesariamente con la muerte de éste. Y si el concepto de espiritualización usado normalmente para fingir en un sujeto la calidad de poseedor, no siéndolo aún en los supuestos en que la posesión es real y objetivamente tangible como sucede, con la posesión mediata, de qué manera y forma podría espiritualizar una posesión de hecho que ya no existe y que ha desaparecido con la muerte del causante? Creemos, en conclusión, que con la pretendida espiritualización, no solo no se logra dar razón cierta de la clase de posesión definida en el art. 440, sino que tampoco podrían explicarse congruente y realmente desde una posición espiritual, las actuaciones de hecho, tanto procesales como administrativas, que el heredero se cuenta facultado a hacer desde el momento en que se constituye como tal. Podría pensarse, a otro nivel, que la mencionada posesión se constituye como un derecho transmitido, al recibir el heredero, como afirma Roca Sastre, la transmisión de los efectos jurídicos generados por la posesión del causante como lo son, la continuación de la usucapión, el uso de los interdictos y el aprovechamiento de los frutos. No obstante, todavía creemos que la posesión definida en el artículo 440 no puede constituir ninguno de los efectos mencionados, porque en sí, además de que cada uno de ellos técnicamente no constituyen un derecho autónomo e independiente de posesión (40), sino a lo sumo, efectos jurídicos de

(40) Roca Sastre, Ob. cit., ps. 374,375,376, Nota nº 91, párrafo final, dice: "... como afirma Albertario (...), nadie niega que - las consecuencias jurídicas que se derivan de la posesión sean

un hecho jurídico que constituye la posesión, aunque independientemente pudieran dichos efectos constituirse en derechos, a lo sumo - podrían ser catalogados. Dudosamente como "derecho de usucapión", "de derecho de usucapión", "Derecho de interdictos", derecho de aprovecha miento de frutos", etc. pero nunca, derecho de posesión, pues como dice Roca Sastre, no se pueden confundir los efectos con la causa y ésta será siempre la posesión, mientras que aquéllos serán una emanación del poder primigenio en que consiste la posesión, o sea, facultades o derechos emanados de un poder posesorio preestablecido. Prueba de ello es que la posesión en sí como poder de señorío sobre una cosa, puede subsistir perfectamente sin ninguno de tales efectos mientras que éstos no pueden mantenerse sin una posesión en donde - revertir los efectos jurídicos contenidos en ellos mismos. Desechadas todas las hipótesis anteriormente examinadas, en definitiva, - cuál es la índole de la posesión definida en el artículo 440? Nos - parece que para lograr un concepto congruente y real de tal posesión no queda más que pensar, que la posesión que se ha dado en llamar - civilísima, no es más que una figura creada por ministerio de la - ley, por donde el heredero con la misma, como sustento y fundamento del ius hereditario que recibe, pueda aprovecharse de los mencionados efectos generados por la posesión del causante. Sería una figura posesoria creada "con motivo" de la extinción de la posesión en el causante y, en consecuencia, posterior a ésta, desde el momento

(40) (cont. pág. ant.) ...derechos, pero conviene recordar que si - de un hecho jurídico pueden nacer efectos jurídicos; sin embar go, no se han de confundir los efectos con la causa; ésta es - siempre el hecho jurídico, aquéllos pueden ser verdaderos dere chos."

mismo en que el heredero sustituya por subrogación al causante en la posición que éste tenía. Esa sería la única forma explicable de entender que el heredero pueda aprovechar, usar e interponer los efectos que se le han transmitido, pues si el heredero no fuera poseedor a partir del momento en que acepta la herencia, no podría de ninguna manera siquiera pretender aprovecharse de alguno de tales efectos, porque carecería del poder o señorío en que consiste la posesión y - sobre el cual tienen su aparición, vigencia y extinción los ya mencionados efectos. Es de cierta manera una investidura que la Ley concede al heredero, de forma semejante a la *Gewere* ideal del Derecho germánico, con la diferencia de que ésta la recibía el heredero del propio causante, mientras que la que nosotros propugnamos proviene directamente de la Ley, tan luego ocurra el deceso del causante y a fin de que, una vez que el heredero venga a sustituirlo en la posición jurídica que tenía, pueda a su vez ser poseedor para que aproveche los efectos jurídicos transmitidos. De esa manera nos parece, que no sería aventurado afirmar que esta posesión por ministerio de ley que tiene el heredero, pueda llamarse derecho, precisamente por ser un poder emanado de la Ley y por dicha razón sea factible denominársele como tal. Albaladejo hablándonos sobre la Posesión como Poder Jurídico, dice que así como las consecuencias o efectos jurídicos se producen cuando existe un poder de hecho sobre una cosa, en el supuesto de que ese señorío falte, tratándose de ese poder jurídico en que la posesión a veces se presenta, los efectos o consecuencias jurídicas en este caso se producen, porque el Ordenamiento Jurídico concede a la persona sobre la cosa, un señorío, que en cuanto es un poder concedido por la Ley, puede ser calificado de "derecho" (41). Si ello es así, alguien

(41) Derecho Civil, ob. cit., ps. 32-33.

bien podría objetar que lo que verdaderamente se da es una ficción legal, por donde se crea una posesión que no existe en la realidad con el fin de que el heredero pueda verse beneficiado con el ius hereditario transmitido (42); sin embargo no sería del todo exacto, según podemos entender, debido a que dicha posesión legal lo es tal como una consecuencia necesaria del que el heredero venga a situarse en la posición jurídica que el causante ocupaba, que en sí no es ficción, sino real y verdadera posición jurídica para manipular los efectos sucesorios transmitidos; pero, a la vez, ha de pensarse que tal posesión es efectiva para el propio heredero, que aún sin provenir de los efectos transmitidos por vía sucesoria, se le atribuye ex-novo el interdicto de adquirir, acción ésta a tenor de los artículos 1651 y 1652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo se concede a un sujeto que se encuentra en la posesión o tenencia de una cosa, sin que por otra parte deba de referirse a la posesión del causante, que para los efectos del interdicto de adquirir, estimamos, no tiene trascendencia. Se dirá, si en efecto es una posesión real y efectiva como las otras, por qué tiene que aprovecharse de los efectos de la posesión del causante si ya de por sí desde su posición podría hacerlo como una manifestación independiente de dicha posesión? La respuesta a tal cuestión, estimamos, es sencilla: tanto en la usucapión, como la interposición de los interdictos y el aprovechamiento de los frutos, el heredero con -

(42) Puig Brutau, Ob. cit., p. 88 dice que "Debe de insistirse con tal posesión - en que no se trata de ninguna ficción, pues cuando la ley preceptúa que el heredero debe ser tratado como poseedor, no se finge nada, sino que la ley permite que el heredero pueda aprovecharse de las consecuencias jurídicas de la posesión del causante".

(44) Ob. cit., p. 350.

(44) *Ob. cit.*, p. 350.

do eran los efectos jurídicos de la posesión y no ésta, creemos nosotros, que lo que verdaderamente ha de desprenderse de la mencionada frase, no es que había que entender como transmitida la posesión del causante, para saber en realidad que eran los efectos los que verdaderamente se traspasaban, sino que lo que debe comprenderse contenido en esa forma un poco "alambicada" de expresarse, que lo que se entiende transmitido (no es la posesión que ya de por sí no había forma y manera de que pudiera traspasarse), es la sucesión sin interrupción que el heredero asume en la posición que el causante tenía respecto al ius hereditario total tan luego aquél aceptara la herencia. Y creemos que se alude en dicha frase a la "sucesión sin interrupción en la posición que el causante tenía", por dos razones: a') Porque sabiendo los redactores del Código que la posesión era intrasferible, al indicar que ésta se transmitía, no estaban entrando en contradicción, sino que debían de haber pensado que la mencionada posesión era indispensable que el heredero la tuviera, para que pudiera aprovecharse de los efectos de la posesión del causante que sí subsistían a la muerte de éste y en consecuencia, al indicar que la posesión se transmitía, lo hacían en el entendido que el heredero al ocupar la posición del causante, lo hacía como si en realidad estuviera en su poder dicha posesión; pero como ésta no podía ser la del causante, venía a ser la ley la que indicando que "la posesión se entendía transmitida", creaba de esa forma una figura posesoria emanada de ella misma. Y de esa manera podía perfectamente entenderse, que el heredero al ocupar sin interrupción mediante sustitución la misma posición del causante, podía posteriormente llegar a ser investido con la posesión legal aludida. Con ello se evitaría, que un sujeto que no sustentara verdadera calidad -

de heredero, no podría llegar a constituirse en poseedor por ministerio de ley de los bienes hereditarios, debido a que le faltaría legitimación para sustituir por subrogación, la posición que el causante tenía. Y b') Pero, además si los redactores del Código, estaban conscientes de que la transmisión de la posesión era imposible y que, a su vez, los efectos jurídicos subsistentes de la posesión del causante, sin necesidad de ninguna ficción legal creada por dicha norma (Art. 440), ya de por sí el heredero los iba a recibir según puede desprenderse de los artículos 1960, 1º del Código Civil y 1652 párrafo 1º de la Ley de Enjuiciamiento civil, no tenía sentido ni fundamento el de referirse a la transmisión de tales elementos por vía de una ficción legal, debiéndose entonces desprender rigurosamente que lo fundamental era hacer que el heredero, "sin interrupción desde la muerte del causante", ocupara la misma posición que éste, para que, desde ella y la posesión que por ministerio de ley recibe, poder válida y legalmente aprovecharse de los efectos jurídicos generados por la extinguida posesión de su causante, de forma retroactiva, tan luego aceptara la herencia.- b) Creemos verdaderamente, en torno al origen de esta forma de posesión denominada civilísima, que al igual que la doctrina le ha conferido un nacimiento marcadamente germánico (45), en realidad tal figura obedece a la concepción de la Gewere ideal de que nos hablan los autores, debido a que aunque fuera inmaterialmente, se atribuía (investía) al heredero de una posición jurídica idéntica a la que el causante sustentaba cuando real y verdaderamente poseía la cosa, concediéndole de esa manera todas las -

(45) Puig Brutau, ob. cit., p. 84.- García Valdecasas, Ob. cit., p.109.
Espín, La Adquisición de la Posesión Inmaterial..., Ob. cit., p.73.
Vallet, Apuntes..., ob. cit., ps. 286-287.

ventajas y efectos de una posesión verdadera. Por esa razón, aunque haya alguna similitud en los efectos, a la civilísima no podría atribuirse un origen romano, pues como se vió, para ellos que se transmitía al heredero eran los efectos (usucapión, interdictos, etc.) de la posesión del causante y no su posesión, pues ésta debía tomarse naturalmente. Esa ficta possessio en que consistía la Gewere ideal no fue conocida por los romanos.- c) En definitiva, se encuentra verdaderamente recogida en el artículo 440 la posesión civilísima? Si por posesión civilísima ha de entenderse la transmisión ipso iure de la posesión que el causante tenía a poder del heredero al morir aquél, creemos, según lo que hemos dicho se puede desprender del mencionado artículo 440 como una posesión otorgada por ministerio de ley al heredero, que dicha norma no contiene la figura en cuestión, porque la posesión civilísima supone una ficta possessio en el heredero por ministerio de ley, no sólo no representa una ficción, sino que su transmisión le deviene al heredero de la ley y no del causante, que de ninguna manera podría transmitir posesión alguna. Ahora, si se trata de ver en la posesión civilísima una figura creada independientemente de una ficta transmisión y, en consecuencia, investido el heredero con una posición de poseedor ex-novo, nus parece que entre una y otra no habría ninguna diferencia, pudiéndose incluso pensar que la Gewere ideal atribuida al heredero, podría tener un origen legal (46) y no sucesorio.-

(46) García Valdecasas, La Posesión Incorporal del Despojado..., Ob.cit. p. 341, dice que la Gewere, igual que la possessio romana, implica un señorío de hecho, "...pero se desvía de ella en cuanto se la considera y trata como la manifestación externa de un derecho sobre la cosa. La Gewere es la vestidura, la forma externa y sensible del derecho real".

B) Sentadas ya, según nuestro criterio, las premisas de que respecto - al artículo 440 lo que se debe entender, es que el heredero tan luego acepta, ipso iure desde la muerte del causante, lo sucede en la misma posición jurídica que disfrutaba sin interrupción, adquiriendo desde - ese momento una posesión conferida por ministerio de ley y, en conse-- cuencia no transmitida por vía sucesoria, recibiendo por dicha vía úni camente los efectos jurídicos de la posesión disfrutada por su causan-- te, qué relación, semejanza o contraste puede efectuarse con la media-- ción posesoria? Nos parece que dicha situación puede abordarse a tra-- vés de dos vertientes: la primera, desde un punto de vista de derecho sustantivo y a la vez referido a cada uno de los miembros de la rela-- ción de mediación posesoria de la manera siguiente: a) En cuanto al me diador posesorio nos parece, que el heredero con su posesión civilísi-- ma se asemejaría a éste, en aquellos supuestos en que los bienes here-- ditarios, al ser él instituido como heredero, no se encuentran en poder de nadie y entonces se convierte en poseedor inmediato de los mismos, por lo que puede ejercer una posesión de hecho semejante a la del me-- diador posesorio. La diferencia consistiría en que, siendo el derecho del heredero derivado al igual que lo es el del mediador posesorio, el de aquél lo será en concepto de dueño o propietario, mientras que el - de éste, lo será a título provisional y en concepto distinto al de due-- ño, lo que marcaría para ambos, las diferencias consecuentes para la - índole del título en que cada uno posee.- b) Respecto al poseedor me-- diato nos parece que se asemejarían ambos poseedores, respecto al dere cho de posesión que cada uno sustenta, debido a que su posesión es más representativa de un poder jurídico que uno fáctico, aunque distinguién-- dose ambos, por cuanto mientras la posesión del poseedor mediato con--

siste en el disfrute de un derecho según el artículo 430 y que puede - ser producto de una relación jurídica bilateral, la posesión que tiene el heredero le deviene directamente de la ley, mediando únicamente la voluntad del heredero. En lo que respecta a la relación que con la cosa cada uno de ellos pueda tener, habría que indicar, que si bien el poseedor mediato se relaciona con el objeto por la posesión de derecho que disfruta y tiene la cosa a través del mediador posesorio, el heredero, sino tiene directamente la cosa bajo su poder, es posible que un tercero la tenga bajo su dominación, por lo que la posesión que tiene el primero a través del derecho de posesión que se le ha otorgado, no puede poseer la cosa a través de dicho tercero, porque éste se atribuye más bien la absoluta dominación sobre la cosa; de tal manera, que en lugar de ser posesiones concurrentes, como en el caso de la mediación posesoria, son más bien posesiones excluyentes e incompatibles. - En este caso, se da una sola coincidencia entre ambas posesiones (la civilísima y la mediata), cuando el heredero, al suceder en la misma posición al causante, ocupa una posesión mediata dejada por éste mediante una relación jurídica de mediación preestablecida: en este caso no habría diferencia, sino, que una y otra vendrían a constituirse en una sola. - En cuanto a la segunda cuestión y desde una perspectiva ^(pro) personal, nos parece que los problemas que puedan surgir entre ambas figuras, pueden rondar en términos generales, a diferentes aspectos que - García Garrido se plantea, en torno a la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios de la siguiente manera: a) Bienes de la herencia poseídos por el heredero o no poseídos por nadie; b) Bienes de la herencia poseídos efectivamente por otra persona, en cuyo caso, se deben distinguir varios casos: a) Si el poseedor tiene la posesión -

efectiva como dueño o usufructuario.- b") Si el poseedor posee efectivamente los bienes por un periodo superior al año.- c") Si el poseedor posee efectivamente los bienes por un tiempo inferior al año (47). Aunque evidentemente no todos los casos planteados tienen que ver con la mediación posesoria, nos parece de interés al desarrollo, el que nos referimos a ellos también, pues de esa manera se logra en lo posible, la otra finalidad de esta sección cual es, la de ampliar conceptos sobre la posesión civilísima y a la vez resaltar que dicha figura no comparte institucionalmente ninguna estructura con la mediación posesoria, por lo que no representa desde el punto de vista técnico-jurídico, una figura como ésta.-

a) En lo referente a los bienes de la herencia poseídos por el heredero ó por nadie, habría que decir poco al respecto, porque serían aquellos casos en que la posición del heredero se realiza dentro de una absoluta normalidad, ya porque de antemano a la aceptación de la herencia se encuentra en posesión de los bienes, según así lo indica el párrafo último del artículo 999 del Código Civil, o porque al momento de la aceptación de la herencia carezca de los mismos. En este último caso pareciera que debe recurrir al interdicto de adquirir, pues al decir García Garrido - que el heredero debe de recurrir a dicha acción en aquellos casos en que no tiene la posesión de hecho de las cosas, pareciera que no le bastaría con la posesión de derecho que sustenta para hacerlo (48). Sin embargo, nos parece que, encontrándose los bienes libres de posesión de sujeto alguno, el heredero bien podría tomar la posesión por propia autoridad, puesto que, además de que ya se encuentra investido como tal, no sólo no

(47) Ob. cit., p. 120.

(48) Ob. cit., p. 121.

infringir el artículo 441 del Código Civil, precisamente porque no existe nadie que se oponga a la toma de posesión de dichos bienes, si no que habría que pensar, que si le es posible asumir la posesión de dichos bienes antes de ser instituido como heredero, con mucho mayor razón lo estará cuando actúe autorizado en esa calidad y con el derecho de que ha sido investido por ministerio de ley. Y por otra parte, de las normas que regulan el interdicto de adquirir, no sólo se desprende que el mismo ha de interponerse para obtener la posesión de la cosa en poder de un tercero, sino que no existe prohibición expresa para que el heredero pueda tomar posesión de los bienes hereditarios mediante iniciativa personal (49).- b) En lo que respecta a los bienes hereditarios en poder de otra persona al momento en que el heredero acepta la herencia, los casos a examinar son los ya indicados y en esa misma secuencia los plantearemos: a") En el supuesto de que los bienes hereditarios se encuentren en poder de un sujeto que los posee a título de dueño o de usufructuario, es al que se refiere el artículo 1633 de la Ley de Enjuiciamiento civil cuando dispone que, "Para que pueda tener lugar el interdicto de adquirir será requisito indispensable que nadie posea a título de dueño o de usufructuario los bienes cuya posesión se solicite". De la norma transcrita pueden inferir

(49) García Valdecasas, Ob. cit., p. 119, expresa que en el sistema ipso iure de adquisición de la herencia, el heredero al momento de fallecer el causante, puede entrar directamente en la posesión material de los bienes, sin necesidad de autorización judicial, por propia autoridad. Y agregamos nosotros, que, como en esencia en este aspecto específico, ambos sistemas son semejantes (romano y germánico) por analogía hay que concluir, que también en el sistema romano que es el que rige en España, tiene cabida el mismi principio.

se varias cuestiones a saber: en primer lugar, pareciera que la norma tiene carácter restrictivo, en el sentido de impedir el uso del interdicto de adquirir, solamente en aquellos casos en que el tercero - poseedor esté ocupando la cosa en concepto de dueño o de usufructuario. O sea, a contrario sensu, cuando la cosa sea poseída por un tercero bajo título distinto a los expresamente nombrados en el artículo, el interdicto de adquirir tendría lugar. Es evidente que en el supuesto que se examina, a excepción del poseedor en concepto de dueño (al que nos referiremos por aparte), se encuentra involucrado un problema de mediación posesoria, pues, si el heredero pretende la posesión de la cosa y se encuentra con que la misma está ocupada por un usufructuario, es porque el causante a quien él sustituye en su posición jurídica, se encontraba poseyendo la cosa a título de poseedor mediato; y, como ya se dijo, el heredero **viene** a subrogarse por sustitución en la posición del causante, evidentemente que viene a ocupar la posición de poseedor mediato, por la que se encuentra enlazado a una relación jurídica que le impide forzosamente la interposición del interdicto de adquirir como lo señala la norma en comentario. Pero, únicamente cuando exista un usufructuario como mediador posesorio es que el heredero está vedado para interponer el interdicto de adquirir? Entendemos que no, deduciendo, que la prohibición a que se refiere el artículo 1633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no ha de comprenderse restrictivamente a una determina figura jurídica, sino más bien, a una relación jurídica preestablecida de mediación posesoria, que al mantenerse vigente al morir el causante, al sustituirlo el heredero en su posición, queda obligado por la misma e impedido para accionar dicho interdicto (50). Pero además, por lo que se desprende del artí-

culo 1638 del cuerpo legal último citado cuando dispone, que otorgada judicialmente la posesión al heredero, "se procederá a darla en cualquiera de los bienes de que se trate...", si, armonizando dicho párrafo primero con el segundo que le sigue y en el que se dispone que - "Por el mismo actuario se harán los requerimientos necesarios a los - inquilinos, colonos, depositarios e administradores de los demás bienes para que reconozcan al nuevo poseedor...", se entiende por un lado, que los bienes que se dan en posesión al heredero, según el párrafo primero, o están libres del poder posesorio de un tercero o no se encuentran involucrados en una relación de mediación posesoria, debido a que, en segundo lugar, aludiéndose en el párrafo segundo a algunos casos de mediación posesoria (inquilinos, depositarios), a lo único que se les exige a través del interdicto de adquirir es a reconocer al heredero como el nuevo poseedor mediató existente en la relación y no a entregarle la posesión de la cosa heredada. Según lo expuesto, parece que se puede afirmar, que el impedimento de interponer el interdicto de adquirir que sufre el heredero por mediación del artículo ya citado 1633, no sólo a delimitarse a las figuras expresamente allí nombradas, sino que habría que extenderlas a todos aquellos casos en que se encuentre de por medio una relación jurídica de media

(50) García Valdecasas, De Nuevo sobre la Adquisición..., Ob. cit. ps. 993-994, refiere que el interdicto de adquirir no puede dirigirse contra el que posee en concepto de dueño o de usufructuario, porque "la oposición de éste no se funda en el desconocimiento o negación de la cualidad de heredero del demandante - sobre lo cual se decide implícita y provisionalmente en el juicio de interdicto-, sino en un título particular independiente de la adquisición hereditaria".

ción posesoria.- En lo que respecta a ese mismo impedimento que el heredero tiene para interponer el interdicto de adquirir al poseedor en concepto de dueño, la razón que aparentemente clara se presenta para tal negativa, no deviene ya de una relación jurídica de mediación posesoria, como fácilmente se comprenderá, sino más bien de una contradicción de títulos entre ambos poseedores, que, como resulta comprensible, no es materia a resolver por un interdicto, al disputarse ambos poseedores la posesión exclusiva de la cosa, sino que ha de ser resuelto por un juicio plenario de propiedad en donde se resuelva la incompatibilidad posesoria existente.- g") En el caso de que el poseedor tenga en su poder por más de un año la cosa heredada estimamos, a tenor del artículo 460, 4º, en relación con el 1944, ambos del Código Civil, que el heredero al momento de adquirir tal calidad, ha perdido ya la posesión de la cosa, sin que le sea posible recuperarla por ninguno de los interdictos que tiene a su disposición (Art. 1968, 1º), pues, aunque la norma última mencionada se refiere a las acciones de Retener y Recobrar, estimamos que también se extiende al de adquirir (51), de acuerdo con la exigencia comprendida en el artículo 1653, 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta pérdida de la posesión por el transcurso del tiempo puede operarse, desde el momento mismo del fallecimiento del cuius (como período máximo y posible en vida del causante), pasando por el período de yacencia e incluso, podría serlo dentro de la posesión del heredero. Sin embargo, a los efectos que se examinarán, interesan los dos primeros casos, pues ambos tienen estrecha relación con el sistema de adquisición de la -

(51) García Garrido, Ob. cit., p. 122.

herencia seguido. En efecto, si al morir el causante el tercero poseía ya por más de un año, indefectiblemente la posesión se ha perdido según se vió así lo prescriben los artículos 460, 4º, y 1968, 1º, ambos del Código Civil; para un caso como el anterior, nada tendrían que influir si se tratase del sistema romano o germánico de adquisición de la herencia, pues el cumplimiento del año sería inexorable en la pérdida de tal derecho. Sin embargo, tratándose del período de yacencia, si que variaría la apreciación de las circunstancias, ya que en el sistema germánico por adquirirse la herencia ipso iure a partir del fallecimiento del causante, al no existir verdaderamente un período de yacencia de la herencia, el heredero puede inmediatamente al deceso del cuius accionar el interdicto respectivo, mientras que en el sistema romano, hasta tanto el heredero no acepte, existe un período entre la muerte del causante y la aceptación, que sería la yacencia de la herencia, en que perfectamente el tercero podría prescribir a su favor la posesión de la cosa por el cumplimiento del año. Perdida la posesión en semejantes circunstancias, al heredero no le quedará más remedio que recurrir al juicio de petición de herencia, en donde contará su calidad de heredero en propiedad de los bienes hereditarios y no la posesión por él sustentada. c") Si la posesión de la cosa que el tercero tiene no ha logrado alcanzar el año, al momento en que el heredero acepte la herencia y obtenga la posesión por ministerio de ley, se daría el caso de una coincidencia (no concurrencia) de posesiones sobre la misma cosa, por donde la que tiene el tercero sería la material, de hecho o inmediata (recuérdese que Wolff se refiere a la posesión -

inmediata como aquella que se tiene directamente sobre la cosa, sin mediador posesorio), mientras que el heredero tendría una posesión de acuerdo a la posición que el causante hubiese disfrutado al momento de su fallecimiento, que habría que calificar como una posesión incorporal, por carecer precisamente del corpus possessionis. Por esa razón estimamos, que es exacta la afirmación que hace Martínez Radío al decir, que como el heredero sustituye en la posesión al causante, en el supuesto que si a la muerte de éste una tercera persona ocupaba materialmente la finca sin título para ello, esto no sería obstáculo para que los herederos sigan siendo poseedores inmediatos de dicha cosa y puedan proceder contra el usurpador, a menos que dejen que éste posea por más de un año (52); debido, a que si bien los herederos sustituyen al causante en la misma posición que éste tenía, evidentemente, que si en vida del causante ya existía un tercero en poder de la cosa, aquél a partir de ese momento había dejado de tener la posesión corporal y había pasado a la posición de un poseedor con una posesión incorporal, que es precisamente, la que viene a ocupar el heredero cuando se opera la sustitución sucesoria. Ahora bien, como al momento de aceptar la herencia la herencia la posesión del tercero no se ha logrado consolidar mediante la prescripción adquisitiva (Art. 1944 C.c.), el heredero puede interponer el interdicto respectivo, ya se trate de que el tercero hubiese obtenido la posesión por despojo, en cuyo caso sería el interdicto de recobrar el indicado para accionar (53), pero

(52) Ob. cit., p. 225.

(53) García Garrido, ob. cit., ps. 122-123.

si más bien el tercero estuviese poseyendo la cosa por vía distinta, - ya sea por precario, tolerancia, etc., aunque con tales posesiones no existe el riesgo de una prescripción, pero si de una interversión posesoria, estimamos que el interdicto a aplicar será el de adquirir, precisamente porque este interdicto no se constituye como "arma defensiva de la posesión atacada...", sino que es sólo un medio de convertir (pidiendo ser judicialmente investido de ella) en posesión mediata o inmediata, según la que tuviese el causante, la posesión civilísima que sobre los bienes de aquél recibe el heredero por el hecho de aceptar la herencia..." (54). Procedería igualmente el interdicto de adquirir en aquellos supuestos en que el tercer poseedor, niegue al heredero su - cualidad como tal, se trate aún de un poseedor que lo haga en concepto de dueño (Art. 1633 LEC), si a ese momento desde luego no ha cumplido el año de posesión, como es el supuesto que examinamos, ya que evidentemente su posesión en dicha calidad no se ha logrado consolidar, por lo que bien podría ser atacada a través del interdicto (55). Y como el interdicto de adquirir tiene como única finalidad conceptual el de la adquisición de la posesión de bienes hereditarios con fundamento en un título mortis causa (56); es posible entonces que a tenor del artículo

(54) Albaladejo, Derecho Civil..., ob. cit., p. 87.

(55) García Valdecasas, La Posesión Incorporal..., Ob. cit. p. 424, dice que "sólo a favor de la posesión en concepto de dueño que ha durado más de un año se cumple plenamente la presunción de propiedad sentada en el artículo 448 del Código civil, porque solamente ella no puede ser atacada en juicio posesorio ordinario o sumario, teniendo que demostrar, el que intente destruirla, su derecho de propiedad en el juicio petitorio".

(56) Guasp, Derecho Procesal Civil, II, Ob. cit. P. 430.

1638, 2º, de la LEC, el mismo pueda interponerse para que el heredero sea reconocido ante los terceros poseedores, como el nuevo poseedor - mediato o propietario de los bienes hereditarios en posesión de éstos.

C) Por último, creemos de conveniencia extraer de todo lo expuesto, - aunque sea esquemáticamente, una relación de elementos, a las figuras de la posesión civilísima y la mediación posesoria, que podrían completar el cuadro panorámico de ambas instituciones: a) La posesión - que el heredero adquiere al suceder al causante, no le deviene de este último sino de la ley y en tal sentido podría ser calificada como una posesión legal o de derecho.- b) Las posesiones existentes en una mediación posesoria, tanto la del poseedor mediato como la del inmediato, aunque puedan o no proceder directamente de la ley (éste último caso, como se vió, es el más frecuente), es lo cierto que ambas - también son posesiones de derecho.- c) Que no obstante que el heredero podría llegar en determinados casos a ocupar una posesión mediata, como consecuencia de la sustitución que realiza en la posición ocupada por el de cuius, su posesión es más de carácter exclusivo que concurrente.- d) Que el derecho de posesión que el heredero tiene es en carácter de dueño y no derivado como el que sustenta el poseedor inmediato o mediador posesorio.- e) Que por dicha razón anterior, la posición del heredero entre el de cuius y los bienes relictos, no es en la mediación posesoria de éstos, sino que como sustituye a aquél en su posición jurídica, su posición es independiente y autónoma respecto a los bienes por él poseídos.- f) Que aparte de los casos de mediación posesoria que puedan darse en bienes hereditarios, cualquier posesión que un tercero tenga de dichos bienes, siempre lo será en fran

ca exclusión y contradicción con la posesión legal que el heredero - sustenta y en consecuencia entre ambas posesiones, no habrá más rela ciones jurídicas que aquéllas que se establezcan para obtener la po- sesión total y absoluta del bien hereditario.-

3. LA POSESION INCORPORAL DEL DESPOJADO

A) LA SITUACION ANOMALA DE LA POSESION INCORPORAL

Aunque evidentemente el Código Civil española ha instituido co- mo concepto de la posesión en su ordenamiento el construido por los - romanos, pues al decir el artículo 460 que la posesión es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho, refiere sin lugar a dudas a una situación de poder o señorío de hecho sobre una cosa, que era el prevaleciente en la concepción de la possessio (56). No obstante, mer- ced a influencias históricas de diversa índole, se comprenden dentro del capítulo de la posesión, algunas figuras que vienen a contrastar con aquel concepto primeramente establecido, dando lugar, en el decir de algunos, a situaciones anómalas, deformantes y hasta derogatorias de los principios fundamentales y coherentes que deben informar todo sistema posesorio (57). Sin embargo, el juicio de una institución ju- rídica pueda hacerse, estimamos, ha de tomar en consideración una se- rie de factores de índole diversa como podrían serlo el histórico, -

(56) Iglesias, Derecho Romano, Ob. cit., p. 311.

(57) García Valdecasas, G., La Posesión Incorporal...Ob. cit. ps.426 427.

sociológico, conceptual, institucional y práctico, por los que se pueda llegar a comprender la existencia, contenido y alcance de la norma legal y que debido a ello, el ordenamiento jurídico de que se trate - no puede prescindir de los mismos, pues sacrificando la pureza conceptual y hasta la armonía lógica del sistema, ha de evocarse a la resolución de problemas reales y existentes en el estrato social, que, de otra manera, no encontrarían una adecuada y eficaz solución. Por ejemplo, Wolff señala (58), que de la posesión contenida en el Código Civil alemán se arbitran tres conceptos distintos de la misma, a saber: el primero como un señorío de hecho sobre una cosa; el segundo como un hecho generador de consecuencias jurídicas y tercero, como un conjunto de derechos derivados del señorío sobre la cosa o del hecho al mismo equiparado. El artículo 460, 4º, del Código civil español que en lo conducente dice: "El poseedor puede perder su posesión:...- 4º. Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor si la nueva posesión hubiese durado más de un año", es un claro ejemplo de lo que se ha dado en llamar posesión anómala, conforme la definición que de ésta precedentemente ha dado el Código, pues supone la pervivencia de una posesión hasta por un año, sin que en la misma exista contacto de hecho con la cosa. Tal circunstancia sería admisiblemente explicable si se entendiera que la posesión en poder - del despojado, es el derecho de posesión que se encuentra incrustado en el dominio y que, manteniéndose como una facultad dominical, pueda permanecer vigente por ese tiempo. Sin embargo, el problema que -

(58) Ob. cit., ps. 30-31.

verdaderamente plantea la norma transcrita, no es el referido a la posesión como integrante del dominio, sino a la posesión en sí, abstraída de cualquier connotación de derecho que pueda matizarla y que, no obstante, se mantiene en el contacto material de la cosa hasta por un período de un año. Con el objeto de hacer una exégesis de las raíces propias de la índole de esta norma y del poder posesorio que en ella se contiene prescindiendo de todo contacto material con la cosa, repasaremos someramente la cuestión histórica que ha venido a influenciar la forma y alcance de dicha norma.

B) EN EL DERECHO ROMANO

Para los romanos, como ya se ha señalado en diversas oportunidades, la posesión constituyó siempre un señorío de hecho sobre una cosa, que permanecía vigente en el tiempo, mientras el poseedor, a la par de tener la cosa, mantuviera la intención de ejercer efectivamente dicho poder. Tan luego faltara alguno de los elementos componentes de la misma, ésta dejaba de ser: "La posesión una vez adquirida subsistía mientras continuaban existiendo ambos elementos, el objetivo y el subjetivo. Los dos elementos formaban una unidad indisoluble, pues la intención de haber la cosa como propia no era otra cosa que una cualificación del poder sobre la misma. No era, pues, concebible su pérdida sin modificación del nexo externo que unía al poseedor con la cosa, ni se podía pensar en su subsistencia después de desaparecido el poder sobre la misma" (59). Con todo, en la época clásica se empie

(59) Jörs-Kunkel, Ob. cit., ps. 161-162, - Bonfante, Ob. cit. p. 366, co

zan a notar indicios, que en la postclásica desbordarán en vertientes claramente definidas, respecto a la permanencia de la posesión, no obstante la ausencia del corpus possessionis, conservándose en el poseedor el animus possidendi que trajo como consecuencia un desligamiento de la persona con la cosa, lo que significó en el Derecho postclásico la completa independencia del animus possidendi del corpus possessionis (60). De esa manera se empezaron a presentar casos en los que no obstante faltar el corpus possessionis, la posesión se mantenía sólo el ánimo y que, aun constituyendo grave quebranto al concepto primario de la posesión, se observó que era un medio de preservar y proteger mejor la posesión. De ahí, por ejemplo, que se estimó vigente la posesión en los supuestos del esclavo fugitivo o de ocupación clandestina del fundo, pues se pensaba en este último caso, que mientras el poseedor desconociese la usurpación, podía prolongar temporalmente la defensa de la posesión, pues no debía perjudicarse su ignorancia del hecho que significaba su desposesión. Aunque resultó más controvertido el caso, también se consideró que en los supuestos de mediación posesoria, por donde el mediador abandonaba o entregaba a un tercero la cosa, se

(59) (cont. pág. ant.) ... rrobora este pensamiento señalando diversos casos en los cuales por no existir el poder de hecho no se daba la posesión, como eran el postliminium y la transmisión de la posesión mortis causa, en la que los herederos si bien recibían todos los derechos, para adquirir la posesión era necesario tomarla naturalmente. Y termina diciendo que, "Y siempre el mismo pensamiento de que la posesión es cosa de hecho, no de derecho, es el motivo, implícita o expresamente, regulador de la adquisición de la posesión..."

(60) Jörs-Kunkel, Ob. cit. ps. 162-163.

concedía al poseedor el conservar la posesión sólo ánimo (61). Pese a iniciarse en el Derecho Romano una corriente que pretendía utilitatis causa la conservación de la posesión mediante ánimo solo, germinándose de esa manera su transformación en un derecho de posesión, no se concibió que en aquellos casos en que la cosa era despojada - violentamente del poder de su poseedor y pasara a dominio del despo^jjante, pudiera mantenerse ánimo sólo el poder o señorío en que consistía la posesión. De esa manera se nos dice que pese a la existencía ya de ciertos elementos que permitían en determinados casos la permanencia de la posesión en ausencia del corpus, se encuentra claro "... que en Derecho romano el despojo, la privación de la pose^ssión por otro, determina la pérdida de la posesión máxime si el despojo fué violento" (62).

C) EN EL DERECHO GERMANICO

En el Derecho germánico medieval, si bien prevalece un concep^tto de la posesión semejante al existente en Roma como un puro señorío de hecho sobre una cosa, difiere de la posesión romana en un elemento esencial, al concebírsela también como la investidura de ese señ^oñorío de hecho, o sea, que admitiéndose que la posesión o Gewere (co^mmo se le denominaba) fuera un señorío de hecho sobre una cosa, tam^bbién se admitía que dicho señorío lo fuera en forma de investidura -

(61) García Valdecasas, Ob. cit., ps. 338 a 340.- Jörs-Kunkel, ob. cit. p. 162.

(62) García Valdecasas, Ob. cit. ps. 341.

formal o derecho, subsistiendo como tal Gewere en aquellos casos en que no se tenía el poder de hecho sobre la cosa (63). De esa manera podían coexistir en una sola persona la Gewere de hecho o corporal y la formal o de derecho, pero, a la vez, no había obstáculo alguno en que ambas radicaran en sujetos diferentes, presumiéndose salvo prueba en contrario, que quien estuviese en poder de la Gewere de derecho denominada también ideal (por su condición jurídico-immaterial), tenía a su favor el derecho real sobre la cosa (64). Esa forma de concebir la Gewere ideal le confería al sujeto que la tuviera el poder de mantener la posesión sobre la cosa, sin necesidad de un ejercicio siquiera continuado, de actos de hecho que hicieran denotar que en él radicaba tal poder, lo que equivalía, a que la cosa - no obstante no encontrarse bajo un dominio o poder directo a la manera romana, permitía que el poseedor lo continuara siendo y en consecuencia, beneficiándose de las ventajas y efectos de aquella situación jurídica. Se presenta así la Gewere ideal como un poder de señorío de índole superior a la propia Gewere corporal (cuando ésta era únicamente nada más que eso), y prueba de ello es que dicho poder aun careciendo de la cosa sobre la que recaían los efectos de aquel poder jurídico, se mantenía vigente hasta por espacio de un año y - un día, momento en el que se imponía la Gewere corporal y la primera se extinguía. Pero mientras el mencionado período de tiempo no se - cumpliera. "La Gewere ideal atribuye al despojado una pretensión al restablecimiento del señorío efectivo sobre la cosa. A tal fin pue-

(63) Wolff, Ob. cit., ps. 34 a 38.

(64) García Valdecasas, Ob. cit., p. 341.

de apoderarse del inmueble por sí mismo, incluso por la fuerza. Pero si no lo logra por este medio recobrar la posesión, dispone de una acción que sólo puede ejercitar dentro de un año y un día, a contar del despojo, para que se le reconozca su Gewere y se le atribuya el inmueble, a los efectos, sobre todo, de poder disfrutar del papel de demandado en el proceso que sobre el derecho pueda entablarse" (65). Ahora bien, como se dijo, si el poseedor de la Gewere ideal dejaba transcurrir el período mencionado sin accionar, el poder en que aquélla consistía se extinguía, pero si por lo contrario, la Gewere ideal vencía a la Gewere corporal, por lo menos en este juicio provisional ésta se mantenía sobre la pertenencia de la temporalidad de la cosa. Si posteriormente se intentaba el juicio de propiedad, gozando de la posición de demandado por el que no estaba obligado a la prueba, para ser vencido en su derecho, el demandante debía de exhibir un título independiente que fundamentara su Gewere corporal anterior, forma única de destruir la Gewere ideal del poseedor (66).

D) EL ARTICULO 460, 4º, DEL CODIGO CIVIL ESPAÑOL

a) Con la apretada síntesis histórica en busca del posible origen que tiene la disposición contenida en el artículo 460, 4º, del Código Civil, estimamos, se han señalado los elementos fundamentales -

(65) García Valdecasas, Ob. cit., p. 342.

(66) Pérez González y Alguer, Ob. cit., p. 95.

para dar una interpretación más clara y unos alcances más precisos, a tan contradictoria norma con el sistema imperante en el capítulo de la posesión en el cuerpo legal citado. Sin que sea necesario realizar mayores lucubraciones en torno al origen ya mencionado, pues habiéndose recalcado que los romanos jamás concibieron una posesión ideal o incorporeal con plena eficacia y que, a su vez, pudiera subsistir sin el fundamento material o de hecho de la cosa, ha quedado suficientemente claro, que el ancestro o matriz del ya mencionado artículo, radica en la concepción germánica-medieval que de la posesión se tenía. Contando entonces con tales antecedentes, creemos - que existe la posibilidad de efectuar un planteamiento más concreto y positivo de la norma del 460,4º, y para ello parece de gran interés el partir de unos conceptos vertidos por García Valdecasas, pues consideramos que de los mismos a manera de premisas, pueden servir de guía a un desarrollo posterior, que dé lugar a una más amplia visión de la problemática que encierra dicho precepto legal y la posible semejanza o relación que pueda extraerse con la mediación posesoria. En torno al tema en comentario el autor citado nos dice, que según el artículo conocido, "El poseedor pierde su posesión -...- por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año. Despréndese de este artículo que antes de cumplir un año la nueva posesión no - se extingue la antigua: Subsisten, por consiguiente, sobre un mismo objeto dos posesiones: la antigua y la nueva, de las cuales la primera desaparece tan pronto la segunda ha durado más de un año. Si - una posesión destruye a la otra, esto revela claramente que sin in-

compatibles, que existe entre ellas un estado de lucha. Tal fenómeno, así, a primera vista, parece hallarse en contradicción con el principio de que la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, f. l. de los casos de indivisión (...). Pero la contradicción es sólo aparente, pues, como veremos a continuación, las posesiones que aquí se enfrentan no son dos posesiones de hecho, sino una posesión de hecho (la nueva) y otra (la antigua) que se nos permitirá designar con el nombre de incorporal, por la ausencia del señó—río efectivo sobre la cosa". (67).— b) Como la finalidad del desarro—llo del presente tema en sí lo constituye la posible comparación que se pueda hacer con la mediación posesoria, nos parece que el aspecto fundamental a destacar en él, es el período comprendido entre el mo—mento del despojo y el cumplimiento del año, que es precisamente el —lapso de tiempo en que van a coexistir dos posesiones sobre el mismo objeto, en forma semejante a como ocurre en la mediación posesoria, —pues tan luego se cumple el año del despojo como se vió, al extinguirse la posesión antigua, se erige como posesión exclusiva la nueva, sin posibilidad entonces de que sobre la cosa pueda existir más que dicha posesión. Al disponer el artículo 460, 4º, del Código Civil, que el poseedor puede perder su posesión, mediante la posesión de otro que hu—biese durado más de un año, como dice García Valdecasas, se está reconociendo en el despojado un poder o derecho (como también se le lla—ma), por el que si bien carece ya de la cosa por encontrarse en poder del despojante, mantiene una posesión de carácter incorporal durante

(67) Ob. cit., ps. 336-337.

dicho período que le produce unos determinados efectos, como por ejem
plo, el de interponer el Interdicto de Recobrar la cosa a tenor del -
artículo 1651 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Si por el artículo -
430 se ha definido la posesión como un puro señorío de hecho sobre -
una cosa (68), de qué manera podría conciliarse con esta definición -
la posesión que se ha dado en llamar "posesión incorporal"? Pareciera
verdaderamente, como lo afirma el mencionado autor, que dicha posesión
incorporal es una verdadera derogación del concepto de posesión ya de
finido y que, en definitiva, constituye una deformación a los princi-
pios fundamentales que rigen la institución, no recomendables, si se
desea congruencia, seguridad y uniformidad en la aplicación de la ley.
Sin embargo, llama la atención en la génesis de la norma en comentario
que si bien la misma lo es de origen germánico, es lo cierto que este
Derecho medieval concibió también la posesión como un señorío de hecho
sobre la cosa, de la misma forma en que los romanos lo habían constru
do y que éstos a la vez, también empezarán a distinguir, que de la pri
mitiva possessio del Derecho Clásico, imaginada como una unidad indis-
oluble entre corpus y animus, se iniciara, aunque fuera utilitatis cau-
sa, una distinción en el Derecho Postclásico y Justineano entre el -
jus possidendi y el corpus possessionis, que suponía en el fondo tam-
bién una separación y pervivencia independiente entre dichos elementos.
Ahora bien, de lo anterior, qué aspecto puede derivarse en la explica-
ción de la incorporeidad de la posesión del despojado? Nos parece, aun
que sea un tanto subjetiva la apreciación y a la larga antojadiza, que

(68) Pérez González y Alguer, Ob. cit. p. 40.

al igual que los germanos (que aparentemente, incluso, pudieron haberse nutrido de esta incipiente separación entre el animus possidendi y el corpus possessiones de carácter romano), que claramente concibieron la existencia separada e independiente de la Gewere corporal y la Gewere ideal, los romanos también intuyeron la posibilidad de este fraccionamiento, pese a mantener el concepto de posesión de forma tan rígida, lo que en definitiva podría venir a significar en el Derecho español, que el artículo 460, 4º, no sea tan antagónico ni incompatible con la definición dada por el artículo 430 sobre la posesión y — más bien podría resultar, un ensanchamiento cognoscitivo del concepto posesorio en el propio legislador, impuesto a la vez por el propio hecho físico y material de la propia posesión. De ahí que pudiera pensarse, siquiera en vía de hipótesis y planteándose el tema desde una perspectiva histórico-desarrollista, que las disposiciones contenidas en los artículos 430 y 460, 4º, del Código civil, no sean en el fondo tan verdaderamente antitéticas, sino que guardado las lógicas distancias que los hechos históricos imponen, pudiera creerse, que aquella incipiente separación entre corpus y animus que conocieron los romanos, en germen se encuentra ya contenida en el artículo último citado, y que, aunque su origen se encuentra ya demostrado lo es de carácter germánico, el fondo jurídico de dicha división, no les era desconocida e ignorada a los propios romanos, lo que sería digno de tomar en consideración para una más exacta valoración histórica del origen de la mencionada disposición. Ello puede llevarnos a un planteamiento más concreto sobre lo que signifique el hecho de la posesión a fin de lograr determinar en definitiva en que consiste esa incorporeidad

del poder del despojado. Si partimos, que la posesión como hecho se forma desde el momento en que surge un poder volitivo y externo en la dominación de la cosa (69), podemos imaginar que conforme este poder se manifiesta, a la vez simultánea y paralelamente, se crea otro poder en el poseedor, que revierte en él merced al influjo que su poder inicial y continuado hace recaer sobre la cosa, a manera de una irradiación del poder fáctico que duraderamente se encuentra ejerciendo - sobre la cosa. De esta manera, este poder irradiado, que vendría a constituirse en independiente del primero y en ser una especie de emanación material de aquél, no difiere sustancialmente de éste, pues de viene precisamente de él, sino que lo es él mismo, pero transformado en una especie de energía posesoria que el poseedor retiene para sí. Creemos que debido a ese poder irradiado de índole fáctica, es posible, conforme así lo han afirmado los juristas, que la posesión de hecho pueda mantenerse sin el ejercicio constante y continuado sobre las cosas, debido a que se entiende, que del poder de hecho inicialmente ejercido, se genera una constante de dominación en el tiempo, que aún no siendo tangible como poder de hecho, físico y material, no obstante continúa siendo aquél mismo poder, pues la permanencia y exteriori

(69) Hemos señalado línea atrás (supra página, 343), que la posesión se constituye desde el momento mismo en que el sujeto tiene poder para ejercerlo duraderamente sobre una cosa y que, a partir de ese momento, existe posesión, aunque un instante anterior la cosa hubiese estado en posesión de otro. De ahí la prohibición del artículo 441 del C.c. para tomar la posesión si el poseedor se opone, oposición entonces que puede realizar el poseedor a partir del momento en que inicia su poder, tal como se ha afirmado.-

zación de los efectos que se producen, así lo comprueban, sin que entonces en su producción, sea necesario el "ponimiento de pies" sobre la cosa. La misma circunstancia de que este poder se mantenga sin la constante influencia del poder de hecho sobre la cosa, se manifiesta claramente desde tiempos antiguos, cuando tanto los romanos como los germanos, establecieron que el tiempo de duración para la interposición de las acciones posesorias fuera de un año (70), que aunque como término es convencional (pues pudieron haber fijado tres meses o más del año), es lo cierto que en el fondo lo que se refleja con el mismo es que para ellos era del todo real, verídico y admisible, que un sujeto merced a haber tenido la posesión de hecho de una cosa, no obstante haber perdido ésta, continuaba a su haber ese mismo poder - (que no puede concebirse sino de forma irradiada del poder de hecho inicial), y que debido al mismo, el poseedor continuaba disfrutando de los efectos, en especial el de recuperación de la cosa, como si ésta no hubiese salido de su esfera de dominación. Entendemos que incluso, se ese mismo término del año puede derivarse un argumento más en pro de lo dicho, en el sentido, de que las legislaciones de ambos pueblos, al arbitrar ese lapso de tiempo para que la cosa retornase a poder del poseedor, no sólo reconocían el mismo como una realidad actuante, sino que, a la vez también, admitiendo que dicha dominación procedía de la misma cosa, sin la presencia de ésta, no podía mante-

(70) Jörs-Kunkel. Ob. cit., pág. 170, dice que los romanos concedieron a "Todo poseedor, pues que hubiera sido despojado de su posesión, no viciosa, de esta manera, la podía recobrar dentro del año con el interdicto utrubi".

nserse hacia el infinito la subsistencia del mismo y de ahí, que vencido el plazo convencional señalado, el mencionado poder irradiado se - extinguía por faltarle la fuente genética de donde provenía. Este poder irradiado, que podría confundirse con la abstención general o garantía social a que hacía referencia Ihering (71), por la que el sujeto continúa siendo poseedor, estimamos que no se corresponde exactamente con dicho concepto (aunque podría resultar ser la otra parte del - proceso total de abstención), pues, si en realidad la posesión se mantiene por esos lazos morales y jurídicos que hacen que la generalidad se abstenga de introducirse en mi posesión, lo cierto es también, que si existe tal abstención general de actuar, lo será, porque previamente se ha reconocido la existencia y tangibilidad de ese poder, aunque se desconozca la existencia de la persona que lo tiene y ejerce. El - que se pueda terminar en cualquier momento con el mismo, como lo afirma dicho autor, no quiere decir que no exista y que, incluso, subsista por un periodo de tiempo, sino que, más bien, a nuestro juicio, vendría a constituir una confirmación de la existencia de su propio ser, pues el hecho de que se me despoje de lo que poseo, no indica que anteriormente no lo poseyese, sino más bien, que reafirmando que lo poseo, es por lo que posteriormente se puede desposeerme. Ahora bien, si se logra admitir que el poder de hecho en que consiste la posesión, irradia un poder, que podría adquirir la condición de inmaterial porque no se palpa con los sentidos, pero que sí puede descubrirse su existencia por la -

(71) El Fundamento de la Protección Posesoria, Ob. cit., ps. 183 a 185.

constante que se encuentra en sus efectos (usucapión, interdictos, per
cepción de frutos, etc.), es posible entonces aventurar la afirmación
de decir, que aunque no es plenamente un poder de hecho porque la cosa
ya no se encuentra como su fundamento, si podría decirse que es una -
prolongación de éste de forma irradiada y que se manifiesta tangible-
mente a través del poder que el despojado tiene para aprovecharse de -
los efectos que solamente la posesión produce. En esa línea de pensa-
miento creemos entender, que esa irradiación del poder de hecho, es -
también de carácter fáctico, en el sentido de que confiere al sujeto -
un poder hasta cierto punto palpable y tangible, que externamente se ha
ce sentir a través de los actos que ejecuta el despojado en la recupe-
ración de la cosa. Si no fuera así, no habría como entender que el des-
pojado pudiera utilizar y beneficiarse con los efectos posesorios, por
que si éstos son emanación de un poder en que la posesión consiste, se
debe comprender que para que si continúen actualizando en el poseedor
despojado, es necesario forzosamente que subsista en éste el mismo po-
der que los creó. Y como realmente lo que ha existido precedentemente
en poder del poseedor es una dominación de hecho sobre la cosa, no po-
dríase imaginar que el poder irradiado vaya a tener otra cualidad, esen
cia o naturaleza que aquella que de hecho se generó en el acto poseso-
rio inicial. Sería inadmisibles por tales razones (y en el servidor de
la posesión se podría encontrar el ejemplo), que un sujeto que no ten-
ga previamente el poder de posesión mencionado, pueda utilizar en su -
beneficio algún efecto producido por aquella; no habría lógica ni con-
gruencia de causa a efecto y consecuentemente autorización jurídica, -
para que pudiera tener lugar y plena eficacia, un efecto posesorio, des

ligado autónoma e independientemente de la causa que resulta ser la posesión. Y en el caso en comentario, es posesión el poder que el despojado mantiene, porque ha sido la propia posesión de hecho inicial que se lo ha otorgado. En este sentido, se afirmaba línea antes, que los romanos tuvieron la intuición, un poco velada, sobre la existencia de este poder irradiado, al empezar a admitir el fraccionamiento entre los elementos componentes de la posesión y a su vez también el de la subsistencia de los efectos posesorios sin la existencia actual del hecho posesorio, como en el caso del esclavo fugitivo. En los germanos, como ha quedado descrito, el avance en el conocimiento de este poder posesorio, tal como lo hemos descrito, fue mayor, el cual aunque aparentemente continuaba definido por sus efectos, denotaban ya una separación independiente entre la *Gewerw* corporal y la *Gewerw* ideal, al punto como se indicó, que la admitían transmitida por *vía mortis causa*. Pero lo fundamental a resaltar es que, independientemente de toda matización de derecho que pudiera dársele, nos parece un hecho reconocible el de que un poseedor despojado, pueda mantener por un lapso de tiempo determinado a su haber, la posesión de que una cosa careciendo de la misma, en forma de un poder también de hecho con las características señaladas, aunque solamente palpable y objetivable a través de los efectos que puede instrumentalizar en su propio beneficio. Esta idea así esbozada, nos parece no sólo que no es contradictoria en sí con la definición de posesión dada por el artículo 430, sino que por el contrario resulta ser una confirmación de lo que la doctrina ha definido como poder de posesión, entendiéndolo, no como un puro poder de hecho, físico y material, sino como un poder de señorío

que no requiere ni de la presencia de la cosa, ni de actos materiales constantes del sujeto, para existir y tener vigencia como poder fáctico, sino que incluso se basta asimismo en su manifestación, con el sólo hecho de reconocérsele a través de los efectos que continúa generando, aún después de no encontrarse la cosa en poder del poseedor.

c) Hemos denominado al poder que tiene el poseedor despojado, como una irradiación fáctica de la posesión de hecho de la cosa ya perdida. Como tal le hemos señalado también, que en sí tiene características que podríamos denominar como inmateriales, porque el mismo consiste en un poder que el despojante tiene para aprovecharse de los efectos de la posesión de hecho perdida y principalmente la de recuperar la cosa despojada (72), aunque en sí, tales efectos, como hemos insistido ya, no constituyen aquel poder. Dándole características inmateriales al mencionado poder podríasele calificar que el mismo es una ficción (73), sin embargo, como hemos sostenido que dicho poder en que consiste la posesión del despojado es en el fondo una emanación o irradiación del poder de hecho real y tangible en que la posesión de hecho sobre la cosa perdida consistía y que por dicha razón esa irradiación también es fáctica, aunque solamente tangible por su efectos, habría que rechazar de plano dicha objeción por inconsistente, pues la circunstancia de su intangibilidad o inmaterialidad resulta solamente a medias, ya que nadie podría negar, que la inter-

(72) García Valdecasas, Ob. cit., p. 419.

(73) García Valdecasas, Ob. cit., p. 423, expresa que "En nuestro Derecho, el despojado conserva realmente la posesión, si bien incorporal, durante el año después al despojo, sin que sea necesario recurrir a una ficción".

posición del interdicto de recobrar y la posterior recuperación de la cosa como resultado de tal acción, sean el producto de una ficción - creada en abstracto (aunque se reconoce que en el ordenamiento jurídico son frecuentes las ficciones y no por ello también se reconoce su incidencia en el plano de los efectos); debido a que la génesis de donde ha partido el mencionado poder irradiado lo es de carácter real y tangible, lo que significa que aquél también tendrá dichas características. Pero, es que no resulta también ser la posesión de hecho, un poder de características intangibles, que solamente se manifiesta a través de actos materiales independiente, sin que por otra parte alguien pueda decir que ha palpado sensiblemente la posesión? La posesión como poder de dominación de hecho es indudablemente una conceptualización para dar razón de lo que consiste el poder posesorio y de los actos materiales, palpables y característicos de una determinada conducta humana que incide en el aprovechamiento de las cosas para la satisfacción de sus necesidades, a través de actos materiales independientes. Pero se palpan actuaciones aisladas (que conllevan de cierta forma el poder en que consiste la posesión, más no ésta plenamente) y dominaciones de cosas, pero no el poder que significa la posesión. - Ahora bien, debido a esa aparente inmaterialidad, para algunos la posesión incorporal del despojado en última instancia representa "un derecho a la posesión, derivado de una posesión anterior perdida por despojo. Es decir, un derecho a la posesión basado, no en la propiedad, ni en un derecho real limitado, ni en una relación obligatoria, sino un derecho derivado de la misma posesión" (74). Para otros, en -

(74) García Valdecasas, Ob. cit. p. 427.

lugar de ser un "derecho a la posesión", es preferible hablar de un "derecho a recobrar la posesión perdida", el cual procesalmente tiene su manifestación en la acción ejercitada mediante el interdicto de recobrar (75). a) Respecto al primer criterio encontramos que la posesión del despojado es calificada como "un derecho a la posesión", derecho - que no emana de ninguna otra institución sino de la propia posesión. - En primer lugar, qué habría que entender por "derecho a la posesión"? Evidentemente no se refiere a la capacidad jurídica general que todo - sujeto de derecho tiene para poseer las cosas, sino que más bien parece ser que lo es referido al ius possidendi, o sea, al derecho que tiene el titular jurídico a poseer su cosa (76). Si ello es así, lo que - aparece confirmado por el propio autor cuando expresa que el mencionado derecho deriva de la propia posesión, nos parece que, aparentemente no se llega a definir en el fondo lo que constituye realmente la posesión del despojado, porque, al hacer mención de que ésta (la posesión del despojado) es un derecho que el despojado tiene para continuar en la posesión, parece ser más bien, que se refiere a una consecuencia ó efecto que la anterior posesión le confiere al poseedor, para continuar siendo tal; o sea, que como ha poseído, debe de ser calificado de poseedor y siéndolo, al ser despojado de la cosa, como continúa siendo - poseedor, tiene entonces el derecho a que se le restituya la cosa, de lo que entonces se deriva, de que el derecho a poseer es una facultad inmanente en el poseedor, pero no en sí la posesión de éste. Por esa

(75) Roca Sastre, La Adquisición Hereditaria de la Posesión, Ob. cit., Nota nº 94, ps. 375-376.

(76) Ruggiero, Ob. cit., p. 799, in fine.

razón cabría preguntarse, si con el derecho a la posesión comentado, se dá razón de la índole, esencia o naturaleza verdadera que el despojado disfruta? Nos parece que no, porque, además de que el derecho a poseer se presentaría más bien como un derecho creado por la propia posesión y convertido en una facultad del poseedor para que legítimamente tienda hacia la prosecución de la posesión de la cosa, al decirse posteriormente que ese "derecho a poseer" es derivado de la misma posesión, con ello se está reafirmando no sólo, que el derecho a poseer es una emanación de la posesión y, en consecuencia, una facultad para volver a poseer, sino que también, al calificársele de derivado de la posesión, dice ya de por sí, que no es la posesión en sí que pretende definir, sino solamente eso: un derecho derivado de la posesión, que faculta al poseedor a optar por la recuperación de la cosa, como lo podría ser también, el derecho a apropiarse de los frutos que la cosa produce. O sea, que en definitiva, según parece, el derecho a la posesión se convierte también en uno más de los efectos que la posesión antes del despojo produce, pero haciendo la distinción, que no es ni representa ésta, porque más bien la misma continúa siendo razón y causa de aquél (el derecho a poseer) y por lo tanto, sin llegarse a definir concretamente la verdadera estructura ontológica de la posesión incorporal.- b") En cuanto al segundo argumento, que en cierta forma apoya lo dicho en refutación del argumento dado en contra del primero, pues al decirse ahora, que en lugar de hablarse de "un derecho a la posesión", debiera de decirse que más bien se trata de un "derecho a recobrar la posesión perdida", reafirma que aquél, al igual que éste, son efectos o consecuencias de -

la posesión que se encuentra en poder del poseedor despojado, pero sin que se entre a definir ésta; habría que decir, al igual que se hizo con el primero, que no define lo que representa y es la posesión conferida al poseedor despojado en el artículo 460,4º del Código Civil. Si ésta (la posesión del despojado) es un "derecho a - recobrar la posesión perdida", lo que se dice ni más ni menos es, que dicha posesión produce el efecto (o el derecho como se le llama) de recobrar la posesión perdida, o en otros términos, que produce el derecho o la facultad de interponer el interdicto de recobrar, que como lo señala el propio García Valdecasas es "La primera y más importante consecuencia de la posesión incorporal del despojado" (77), pero no la posesión que el despojado tiene y mantiene durante un período de un año a partir del despojo. Argumento el anterior que el propio Roca Sastre se encarga de confirmar al decir que ese "derecho a recobrar la posesión perdida", tiene su conversión o manifestación procesal en la interposición del interdicto de recobrar, lo que, en definitiva, parece confirmar lo que hasta el momento se ha dicho: que ambos criterios o argumentos para - definir o dar razón de ser de lo que es y representa la posesión - del despojado, no son más que referencias a efectos o consecuencias producidas por la propia posesión que se trata de definir, pero no una definición que de razón del ser o esencia de la propia posesión incorporal en poder del poseedor despojado.- c") Qué representa o es en definitiva la posesión del despojado? Además de que ya se ha

(77) Ver nota nº 72, supra página 424.

expuesto líneas atrás en términos generales el concepto que tenemos acerca del problema, nos parece que el propio artículo 460, 4º del Código Civil nos suministra un nuevo argumento en apoyo de lo ya ex puesto, que podemos exponer de la siguiente manera: de la citada - norma se extrae que el despojado pasa por tener, por así decirlo, dos posesiones: la primera, a la que se refiere el párrafo primero cuando dice: "El poseedor puede perder su posesión..." (subrayado nuestro); y la segunda, cuando del inciso 4º se desprende, que pese a - ser despojado de la cosa, durante un año se mantiene poseedor. En - cuanto a la primera posesión, aunque el artículo no lo diga expresa - mente, creemos que se encuentra implícito en el sentido de la dispo - sición, que ha de tratarse de una posesión de hecho por donde el po - seedor tenga bajo su directo e inmediato dominio la cosa. Si no fue - ra así no habría manera entonces de explicar, que posteriormente - puede ser despojado de la cosa, y que debido a ello, se le haya de - nominado como un poseedor incorporal. Ya apuntábamos supra página - 179, que esa era la razón para no calificar al poseedor mediató co - mo poseedor incorporal y debido a ello, su derecho a recobrar la co - sa no le devenía de su posesión incorporal (si es que cabe el térmi - no), sino más bien de la posesión de derecho por él disfrutada. De ahí que no habría ningún obstáculo para calificar a un sujeto como - poseedor incorporal, si el despojo de la cosa se efectuase de manos del Servidor de la Posesión, porque el poseedor lo continúa siendo el primero, mientras que éste al no tener verdadera posesión no ha podido actuar como un verdadero mediador posesorio y en consecuencia no podría considerársele que aquélla la hubiese perdido por despojo,

Pero, además, la posesión mediata por ser en cierta forma una posesión pactada, por la que se adquiere la posesión de un derecho y se posee la cosa a través de otro, implica necesariamente que dicha posesión ha de situarse en un plano o nivel superior que la posesión inmediata, lo que impone una diferencia con la posesión incorporal porque ésta, además de no crearse por convenio, sino por despojo, — (propio o impropio), el poseedor incorporal posee la cosa desde un punto de vista exclusivo e inmediato y no a través del despojante, — manteniéndose por esa razón, en el mismo grado de inmediatividad que el autor del despojo; lo que no significa, por otra parte, que exista contradicción con el artículo 445 del Código Civil, pues aunque — se califiquen las dos posesiones de hecho, la una lo es corporal (la del despojante) y la otra irradiada o incorporal (la del despojado), lo que permite sin ninguna incompatibilidad la coexistencia de ambas posesiones. De alguna manera se confirma el criterio expuesto con — propias palabras de García Valdecasas cuando dice, que la posesión — incorporal del despojado ha de reconocerse a favor de todo poseedor, fuese su posesión civil o natural, en concepto de dueño o de simple tenedor (debiéndose aclarar en este punto, que si bien el autor al — referirse a las dos últimas posesiones citadas ((de dueño y tenedor)) las relaciones con el artículo 432— donde hemos sostenido se fundamenta la mediación posesoria—, es lo cierto que el autor en comentario, además de basar la concurrencia posesoria de la mediación en el artículo 431 del Código Civil, se desprende que al mencionarlos de — esa manera, lo está haciendo como sujetos que separada e independientmente poseen la cosa, criterio éste último que hemos contradicho seu

gún se recuerda), de buena o de mala fe, recayese sobre bienes muebles ó inmuebles (78), conceptos todos los anteriores que hablan de poseedores inmediatos o poseedores de hecho.- Respecto a la segunda posesión, o sea la que ha sido denominada como incorporal, en primer lugar nos parece como lo ha sostenido Hernández Gil, que tal de nominación refleja gráficamente la situación posesoria que verdaderamente adquiere o tiene el despojado y que, en consecuencia, se en cuentra en un todo de acuerdo con lo que representa la situación po sesoria mantenida antes del despojo, o sea, como una posesión inmediata, de hecho o corporal. En segundo lugar, si del artículo 460, 4º, dicho se desprende que el poseedor despojado mantiene la posesión de la cosa por espacio de un año, a partir del mismo, no puede estarse refiriendo a otra posesión, que a la mantenida de hecho anteriormente; o sea, en otras palabras, que si la posesión que subsiste durante un año es la que se tiene sin la dominación de la cosa, es porque se está haciendo mención de que anteriormente el poseedor se encontraba en la posesión de hecho de la cosa, que ahora ya no tiene por habérsela despojado. Si es así, porque del artículo no puede extraerse otro concepto, se debe entender entonces que la posesión que va a tener durante un año el despojado, es ni más ni menos que una prolongación en el tiempo de la sustancia o esencia de la posesión primeramente tenida, que a nuestro modo de ver, no ha de confundirse con un derecho por su incorporeidad, sino que la misma ha de comprenderse como una irradiación de la posesión de he-

(78) Ob. cit. p. 426.

cho anteriormente tenida por el poseedor y que por dicha razón, también de características fácticas, atenuadas por la ausencia de la cosa, pero no por ello no menos real y efectiva, por mantener la misma sustancia del hecho generatriz. Ahora bien, de qué manera podría conciliar tal concepto de la posesión incorporal del despojado con el tantas veces mencionado artículo 445? Nos parece que, al igual que lo hace García Valdecasas (79), el punto de convergencia de ambas posesiones sobre la misma cosa consiste, en que, según entendemos, la posesión de hecho referida en dicha norma lo es a la corporeidad de la cosa y no independientemente a un poder de hecho, conforme lo atestigua el mismo artículo cuando al final dice que "...si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión...".

Ahora bien, la cuestión que entonces de inmediato salta como incógnita, es el preguntarse si es posible exista un poder de hecho sin referencia a una cosa concreta? En apariencia se trataría aquí de la misma crítica que Ihering formulaba a Puchta, sobre el concepto que éste daba de la cuasiposesión, diciéndole con cierta ironía que se trataba "de un poder físico... sin realidad física"; sin embargo, creemos, porque además nos parece que del análisis histórico hecho anteriormente se confirma y porque del artículo 460, 4º, citado, lógica y congruentemente no puede desprenderse otra cosa, que el mencionado poder de hecho existe, no sin una realidad física donde fundarse sino como una consecuencia (no efecto), prolongación o irradiación -

(79) Ob. cit., p. 337.

como lo hemos denominado, de una realidad fáctica anterior, que pervive provisionalmente en forma de poder fáctico, expresable, tangible o detectable nada más que a través de los efectos posesorios que durante el período de un año, produce. Y tanto es así, como se dijo anteriormente, que vencido tal término, el poder se extingue según lo dispone el artículo 1944 del Código Civil, coincidiendo con la caducidad de las acciones posesorias a que se refiere el artículo 1968, 1º, ibidem, por donde bien podría surgir la cuestión, sobre lo ya discutido por la doctrina, en el sentido de que la posesión se extingue, no por condiciones intrínsecas en ella, sino por factores externos como lo sería la caducidad de las acciones posesorias protectoras de ésta. Nosotros responderíamos, que si bien ambos elementos no pueden aislarse uno del otro (pues hay protección posesoria, porque existe posesión y al ser ésta genera protección), si queremos mantener una verdadera secuencia en lo que venimos afirmando, diríamos una vez más, que la protección posesoria como efecto que es de la posesión, es posterior a ésta y depende de ella y donde no hay posesión por haberse ésta extinguido, debe necesariamente cesar la protección correspondiente. Ahora bien, si hemos rechazado que el poder que representa la posesión incorporal del despojado por su inmaterialidad, digámoslo aparente, pueda denominársele como un derecho, lo ha sido en aras de una pureza conceptual, aunque comprendemos no del todo conseguida, pero con el objeto de facilitar en mayor grado la comprensión del poder en que consiste la posesión del despojado. Ello no quiere decir que a ultranza defendamos que el concepto de la posesión envuelve un puro estado de hecho, sin repercusiones jurídicas, porque consideramos más -

bien, como lo han entendido los que defienden la tesis de que la posesión es un hecho o como también los que defienden que es un derecho - (80), que el fenómeno de la posesión ha de verse dialécticamente como un hecho jurídico y que, como tal, a veces tiene mayor énfasis en el campo de los hechos y otras en el abstracto de lo jurídico. De ahí que pueda estimarse, que el poder en que consiste la posesión incorporal del despojado, si bien tiene un hondo substrato fáctico como irradiación de una posesión de hecho corporal tenida anteriormente, es lo cierto que al manifestarse externa y objetivamente por carecer de la cosa, debe de hacerlo a través de conductos jurídicos, en los que van amalgamados los propios efectos que aquella produce y de ahí la confusión de señalar dicha posesión como un "derecho a poseer" o un "derecho a recobrar". Según lo expuesto, en definitiva y abstrayendo los - efectos que la posesión incorporal produce, ésta ha de comprenderse - entonces como un hecho jurídico, compuesto de dos facetas indisolublemente unidas entre sí, que no pueden comprenderse en la realidad una sin la otra; solamente explicables dividiéndolas teóricamente, por - donde una representa el aspecto de hecho a través de la irradiación - fáctica que la posesión de hecho sobre la cosa anteriormente poseída ha prolongado en el tiempo en poder del poseedor; mientras que la - otra, expresa su lado jurídico en el momento en que el poseedor ejercita los instrumentos legales, por el que se actualizan los efectos - que la misma ha producido en el mencionado período (81).- d") Sentado

(80) Roca Sastre, Ob. cit., p. 354, nota nº 48, - Hernández Gil, Algunos problemas en torno a la Poesión, ob. cit., p. 610.

el criterio respecto a lo que resulta ser, según nuestra apreciación, la posesión incorporal del despojado, hemos de indicar a continuación el grado de similitud o comparación que es posible encontrar entre es ta figura y la mediación posesoria. Ha de decirse previamente, como - ya lo adelantáramos, que la posible referencia entre las dos figuras debe de concretarse al período del año en que subsiste la posesión in corporal del despojado, porque vencido el mismo, al constituirse una nueva posesión, ya no habría posibilidad alguna de semejanzas entre - ambas situaciones posesorias, porque como fácilmente se comprenderá, sobre la cosa habría un solo poseedor en el caso del despojante, mientras que en la mediación posesoria por lo menos existen dos poseedores sobre la cosa. Y, por otro lado, si el despojo ocurriera en una - relación de mediación posesoria, cumplido el año de éste sin que hubiese se recuperado la cosa, la mediación posesoria se extinguiría. Creemos, para no incurrir en repeticiones de algunos aspectos ya planteados en tre las dos figuras (ver supra páginas 151 a 157 donde se hizo mención a la clase de derecho de cada uno de los poseedores de la mediación -

(81) Hernández Gil, Algunos Problemas..., Ob. cit., p. 610, aunque fundamentando su tesis de que la posesión en definitiva es un derecho, no deja por ello de admitir que "... El afirmar que la posesión es un derecho, ni significa, ni mucho menos, desconocer que en ella figura un poderoso elemento de hecho. No hay contradicción en definir, por una parte, la posesión como señorío o poder de hecho, y considerarla, por otra, como un derecho. El elemento de hecho que figura en la posesión es insuficiente para expresar su total estructura y función. Es supuesto de hecho, contenido e incluso fundamento; pero supuesto, contenido y fundamento de algo: del derecho real que es la posesión".-

posesoria, en el supuesto de que el despojo se efectuara de la cosa objeto de la mediación), que lo que restaría por indicar serían dos cuestiones concretas a saber: primera, la índole, naturaleza o esencia de los derechos que los poseedores tienen en cada figura; y segunda, la diferencia sustancial entre ambas instituciones, no obstante ser situaciones posesorias en donde por lo menos dos poseedores, en momentos iguales poseen la misma cosa. Respecto a la primera cuestión señalada y tomando como punto de referencia la posesión incorporal del despojado, en cuanto al derecho del poseedor mediano puede decirse lo siguiente: mientras que la posesión del primero lo es como una irradiación fáctica de una posesión de la cosa que de hecho se ha tenido, la segunda lo es de un derecho de posesión, que emana ya del dominio, ya de una posesión en concepto de dueño o de un derecho personal u obligacional (82), fundándose en el primero en el artículo 460,4º, mientras que el segundo lo es de los artículos 430 y 432, todos del Código Civil. Mientras que el principal efecto de la primera posesión lo es para recobrar la cosa, la segunda produce varios efectos como consecuencia de recaer el derecho sobre la cosa objeto de la mediación posesoria, distinguiéndose, el efecto de recobrar la cosa en el poseedor incorporal, de la pretensión de entrega del poseedor mediano, en que el primero emana directamente de una posesión de hecho de las características señaladas, mientras que la pretensión de entrega del segundo lo es como consecuencia de una relación jurídica preestablecida de índole personal y no real como la primera. Se aconsejan ambas posesiones en que, -

(82) García Valdecasas, Ob, cit., ver nota nº 73.

aunque la primera posea la cosa de hecho en forma incorporal y el poseedor mediató posee el derecho respectivo por el que contacta con la cosa, es posible que ambos poseedores lo sean en concepto de propietarios o de dueño, circunstancia que no es de carácter necesario precisamente porque, un mediador posesorio puede convertirse en poseedor incorporal por despojo que se haga de la cosa que posee. Con el mediador posesorio el poseedor incorporal tiene en común que ambos poseen de hecho la cosa, con la diferencia de que el primero lo hace corporalmente, mientras que el segundo lo efectúa incorporalmente. El derecho del primero siempre tendrá características derivadas como las ya conocidas, mientras que el segundo poseerá independientemente y con derecho propio, con la única excepción, de que sea el propio mediador posesorio el que haya sufrido el despojo y, en consecuencia, se convierta en poseedor incorporal. Mientras que la posesión del poseedor incorporal se extingue al término del año a partir del despojo, la del mediador posesorio dependerá, en algunos casos del convenio celebrado entre las partes y en otros, del señalado en la propia ley (caso de la mediación posesoria realizada por los padres del menor, que, cuando éste cumpla la mayoría de edad, se extingue ipso iure la mediación posesoria de aquéllos).— En cuanto a la segunda cuestión señalada, o sean, respecto a las diferencias de ambas instituciones, habría que decir, que como la mediación posesoria se instituye por consentimiento de partes tiene características de voluntaria (83) y, en consecuencia, se forma una relación jurídica

(83) Espín, La Adquisición de la Posesión Immaterial..., Ob. cit., p. 24.

ca por la que ambos poseedores se relacionan recíprocamente, a través del cumplimiento de obligaciones y ejercicio de derechos, en una concurrencia posesoria compatible y armónica. Mientras que en lo que respecta a la posesión incorporal del despojado, su posición la ha adquirido sin o contra su consentimiento y por lo tanto es involuntaria, lo que condiciona, que si bien se da entre ambos poseedores (despojante y despojado) una relación jurídica, la misma es de características incompatibles y excluyentes, porque como dice García Valdecasas, son posesiones que mantienen un estado de lucha por la supremacía del poder posesorio sobre la cosa, sin posibilidad alguna de recíproca relación armónica. Por eso sus derecho son contradictorios y entre ambos no - existen obligaciones nacidas de la situación posesoria existente, salvo las correspondientes a indemnizaciones por culpa o dolo y las que pueden generarse en el campo penal si a ello correspondiere. Eso condiciona, que no habiendo derivación en la posesión del despojante, si-no que su adquisición lo es de carácter originaria, cada uno posee - para sí y no el poseedor incorporal posee a través del despojante.

II. EL SERVIDOR DE LA POSESION

Sumario: 1.- Concepto doctrinal del Servidor de la Poesión.- 2.- Situación legal del Servidor de la Poesión en el Ordenamiento Jurídico Español.- 3.- Protección posesoria que realiza el Servidor de la Po_sesión.- 4.- Distinción entre el Servidor de la Posesión y el Media-
dor Posesorio.-

1. CONCEPTO DOCTRINAL DEL SERVIDOR DE LA POSESION

A) SU ORIGEN

La figura del servidor de la posesión a la que se le denomina también como "ayudante de la posesión", "portador" ó "tenedor de la -
posesión" (84) es de origen germánico (85), y es posible que la misma naciera como contraposición a la Gewere, pues siendo ésta la posesión conocida por los germanos y que se manifestaba como la exteriorización de hecho del ejercicio de un derecho real (ó lo que es lo mismo, como el poder o señorío de hecho externamente ejercido sobre una cosa), en el sentido de constituirse como una actividad ejecutada por determina_dos sujetos que no constituyendo verdadera Gewere (86), no obstante,

(84) Wolff, Ob. cit., p. 46, Nota nº 2.

(85) Doral, José Antonio, El Servidor de la Poesión, Estudios Derecho Civil en Honor al Prof. Castán Tobeñas, Tomo V, Edic.Univ. de Na_varra, Pamplona, 1969, ps. 215-216.

(86) Viada, Legitimación Activa y Pasiva en los Interdictos..., Ob.cit. ps. 797-798, expresando que la Gewere, que sólo se atribuía al -
que exteriorizaba un derecho real, no se concedía a los criados y administradores que cogían los frutos para el amo, porque su ac_tividad se efectuaba en forma dependiente de éste y en consecuen_ccia, no tener la cosa para sí independientemente.-

su actuación lo era sobre una cosa, semejándose externamente al poder tenido y realizado por el poseedor. Se nota en esta primera distinción una característica esencial en la figura, cual es, que su actuación o ejercicio de una actividad en una cosa, no lo es como respuesta a un poder propio e independiente contenido en su persona, sino - que lo es como una consecuencia de la realización de una actividad es pecífica, derivada y con fundamento en una relación de carácter obligacional. Esa es la razón que se nos aparece en el parágrafo 855 del Código Civil alemán, que es el que se encarga de definir dicha figura, cuando dispone que: "Si alguien ejerciere por otro el poder efectivo sobre una cosa, en el negocio o en la casa del mismo, o en otra relación semejante, en virtud de la cual tuviere que seguir sus indicaciones referentes a la cosa, el poseedor será únicamente el otro." Se - vincula así la razón de ser de la figura del servidor de la posesión a una actividad de carácter propiamente social, aunque con fundamento jurídico, por medio de la cual ejecuta determinados actos en una cosa en calidad de servicio a otro, sin que en principio pueda concebirse que su actuación pueda efectuarse de manera independiente y autónoma de ese otro a quien presta el servicio, como si lo podría realizar, - por ejemplo, el gestor de negocios definido por el artículo 439 del - Código civil, pues aunque su actividad puede encerrar un interés personal, por el que aparentemente pudiera desprenderse que su actuación en la cosa lo es con aquellas características (independencia y autonomía), la verdad es, como se verá más adelante, que tal interés obedece a razones de carácter distinto a las propiamente posesorias.

B) SU ESTRUCTURA JURIDICO-FORMAL

Como la figura en estudio, según se indicó, es de tradición germana y además, se encuentra regulada legalmente en el Código civil alemán, estimamos, que para descifrar la estructura jurídica en que consiste dicha figura, hemos de remitirnos al parágrafo 855 transcrito antes, para tratar de encontrar en dicha norma los elementos integrantes de la misma. Por esa razón, en principio nos parece que en su existencia son vitales los siguientes componentes: a) un poseedor precedente; b) un convenio o contrato de donde se derive una relación jurídica entre ambas partes; y c) actividad propia del servidor de la posesión.

a) UN POSEEDOR PRECEDENTE

No cabe duda, según lo dispone el parágrafo indicado, que es condición necesaria e indispensable para el nacimiento de la figura del servidor de la posesión, la existencia de un poseedor precedente. Al referirse la disposición transcrita, a que el servidor de la posesión ejercita por otro, actos posesorios bajo órdenes de aquél y por lo cual sólo éste será poseedor, indica meridianamente, que previamente a que el servidor posesorio haga su aparición en escena, existe un sujeto en relación con una cosa en calidad de poseedor de ésta. El que sea poseedor, nos parece, ha de referirse a la posesión integrada en el dominio y que se manifiesta entonces como una más de las facultades de éste, como aquélla, que es la manifestación pura y simple del poder de hecho en que consiste la posesión, desligada de toda implicación dominical. Más, lo que si ha de ser decisivo según se puede en-

tender, es que el sujeto que se presenta como poseedor, realmente lo sea, o en otras palabras, que el poder o señorío que despliega sobre la cosa, ha de representar el poder de hecho en que la posesión consiste, sea éste el definido por el artículo 430 como tenencia de una cosa o disfrute de un derecho, el que le hemos señalado al poseedor civilísimo como devenido por ministerio de ley. Se entiende fácilmente que debe serlo así, porque como su nombre indica, el servidor de la posesión lo es, en cierta forma, de ésta, ya que se encuentra vinculado a un sujeto por una relación personal y aquella no se da en la realidad en forma abstracta o etérea, sino que se presenta como una manifestación de poder, de una voluntad expresada externamente en la dominación de hecho de una cosa. Pero a la vez en cierta forma, según nos parece, el servidor de la posesión al serlo de ésta lo es de forma indirecta, debido a que más bien se presenta como siéndolo del verdadero poseedor, quien es el que en la realidad posee; el manipular, instrumentalizar y contactar con las cosas objeto de la posesión, no constituyen de por sí, suficientemente, la posesión (37), a la que supuestamente sirve el servidor de la posesión, sino que más bien se constituye como la expresión de una actividad físico-material por parte de éste, que exterioriza actualmente el verdadero poder de posesión que radica únicamente en el poseedor. Por esa razón, estimamos, que el servidor de la posesión

(37) Albaladejo, Ob. cit., p. 36, dice que para que se considere existente el poder en que consiste la posesión, no es necesario la tenencia material de las cosas por el poseedor. Lo que entendido a contrario sensu - decimos nosotros - supone, que el que solamente tiene contacto material con la cosa, careciendo de aquel poder, no es posible calificarlo de poseedor.

no se constituiría como tal, si los actos en que consiste su actividad, no son como consecuencia de una posesión precedente, aunque ésta no se manifieste de forma aparentemente directa, pues, a los efectos jurídicos de su nacimiento y reconocimiento en el ordenamiento jurídico, lo que cuenta única y exclusivamente es la existencia precedente de dicho poseedor. Así, el obrero que es contratado por un administrador para que labore en una fábrica, se constituirá en servidor posesorio de la posesión del propietario de ésta (aunque no lo conozca), que tenga sobre los objetos y cosas en la misma. En cambio, si la actividad del servidor de la posesión no es consecuencia de un poder posesorio preconstituido, porque su inicio le devino de persona no autorizada para ello, no cabe duda de que su actividad no tiene validez alguna para la posesión a la que supuestamente ha servido (88), a menos que el poseedor le conceda su ratificación posterior, porque de esa manera estaría sancionando, incluso retroactivamente, la mencionada actividad, pues, al no constituirse la misma como verdadera posesión, sería facultad exclusiva del poseedor el que dichos actos adquirieran la relevancia jurídica del caso. Como ya indicáramos que a los efectos del nacimiento del servidor posesorio, lo que se requiere es que exista una verdadera posesión, o sea un poseedor, puede ser éste tanto el propietario, como el que posee en concepto de dueño, el usufructuario, arrendatario, depositario, etc., aun en el supuesto de que posean sin derecho alguno, pues de esa manera, aun

(88) García Valdecasas, La Posesión, Ob. cit. p. 34, manifiesta que el concepto de servidor de la posesión supone una relación entre el poseedor y aquél, por medio de la que deriva éste la autorización para entrar en contacto con la cosa.-

que aquél no sea visible, el ejercicio de los actos posesorios por el servidor de la posesión, denotan de manera indudable la existencia de un poseedor que conserva ininterrumpidamente la posesión y que legitima de esa manera su actividad (89).

b) CONVENIO O CONTRATO ENTRE AMBAS PARTES

De la norma que se viene comentando se desprende expresamente- que el servidor de la posesión ha de seguir las indicaciones emanadas del poseedor en lo referente a la cosa, lo que implícitamente supone un previo convenio entre ambos, que obligue al primero al cumplimiento de las indicaciones que éste le imponga y que lo faculte a la vez para entrar en contacto con las cosas objeto de la posesión del segundo. En este sentido, se afirma, que constituyéndose el servidor de la posesión en un instrumento de ésta, porque la relación que irá a tener con las cosas le deviene por las instrucciones del poseedor, ha sido necesario que previamente exista entre ambos una relación jurídica de carácter contractual, donde ha de fijarse el ámbito de acción del servidor, determinable socialmente como fácilmente es comprensible, no por las cláusulas contractuales que son conocidas por las partes, sino por la índole del poder o relación que el servidor exterioriza con la cosa (90), que será diferente y de diversos matices según la actividad que desarrolle. Así, la apreciación social sobre la actividad del servidor de la posesión será diferente y podrá extenderse -

(89) Dorel, Ob. cit., p. 222.

(90) Saleilles, La Posesión de Bienes Muebles, Ob. cit., ps. 33 a 35.

desde una clara valoración de los elementos constitutivos de la figura y alcances de la misma, hasta llegar a darle categoría y nivel de poseedor (91). De esa manera podría suceder, por ejemplo, en determinar que un obrero o un chofer desempeñan sin duda funciones de servidores de la posesión de las cosas a ellos confiadas; más, lo propio no ocurriría o sería más difícil de distinguir, si se tratara de un agente viajero o un director de un banco, debido no sólo a lo socialmente valorable de tales funciones, sino a la cierta independencia - con que ambos se desempeñan con las cosas que se les han entregado. Cuál podría ser el hilo conductor que pueda llevarnos a una segura - distinción de esta figura en cada caso? De momento y en aquellos casos en que no se presente mayor duda, la pauta a seguir en dicho discernimiento es la propia actividad que el servidor desempeñe. En los casos límites, en donde la apariencia de posesión es más fuerte, no quedará más que hacerlo por medio del contrato o convenio celebrado entre las partes, lo que indudablemente resultará muy difícil, pues además de no resultar una actividad propiamente objetiva que de coordenadas fiables y generales al contorno de la figura, en muchos ca—

(91) Hedemann, Ob. cit., ps. 56-57, dice que en virtud de la entrega de la cosa que el poseedor le hace al servidor posesorio, éste - queda en una situación de dependencia respecto al primero, quien continúa siendo el poseedor, al tanto que el segundo no puede - comportarse como si fuese el mismo poseedor. Mas, agregamos nosotros, no sólo es cuestión de que el servidor asuma una posi— ción consciente de poseedor, sino, que independientemente de su intención, socialmente se le valore como un poseedor. Circuns— tancia que desde luego engendraría situaciones jurídicas distin— tas a las previstas en las funciones propias de servidor poseso— rio.-

tos podría no resultar lo más clarificador que fuera de desear, ya - por la profunda estratificación en las relaciones laborales (por la que se han creado figuras con gran independencia de funciones), ya - por el tráfico intenso, múltiple que las cosas sufren en el momento actual. Pero, aparte del problema planteado, es de interés más bien hacer mención de una cuestión que se adelantara anteriormente y es - la que se refiere a que el servidor de la posesión, no lo es tanto - de ésta por su contacto con las cosas, sino del poseedor mismo a través de las órdenes que éste le transmite, pues son estas órdenes las que en sí constituyen la causa primordial del servidor posesorio y - las que en última instancia le dan contenido jurídico y material a - la figura en cuestión. Podríase por ese conducto encontrar un camino más sólido en la delimitación de la figura. El contacto con las cosas que el servidor posesorio experimenta, no lo es de forma autónoma e independiente, sino con motivo y por consecuencia de las órdenes e indicaciones que recibe del poseedor. No otra cosa puede desprenderse del párrafo contenido en el parágrafo § 855 comentado, cuando en él se dice, que el ejercicio del poder efectivo sobre la cosa lo realiza el servidor de la posesión "...en virtud de la cual tuviera que - seguir sus indicaciones referentes a la cosa...", o sea, en cumplimiento de las órdenes emanadas del poseedor. Estos conceptos parece confirmarlos el propio Wolff cuando dice que, "El deber de obediencia..., no nos presenta al poseedor y al servidor de la posesión como a dos personas de iguales derechos individuales, sino como unidos por una relación social de autoridad y subordinación. No es la relación que media entre la "pretensión y la deuda", sino la que existe

entre "orden y obediencia" (92). Se califica claramente con dichos - conceptos, que la actividad que el servidor de la posesión realiza, no es de índole posesoria propiamente dicha, sino que predomina en - él los rasgos de una relación obligacional que lo unen al poseedor en situación de subordinación y que condicionan necesariamente el que - su contacto con las cosas a él confiadas, palidezca y desmerezca como actividad posesoria propia e independiente o como lo señala Espín al hablar de la pérdida de la posesión por cesación del animus que, "La figura del servidor de la posesión... sería la única hipótesis - en que cabría hablar de cesación del animus, no obstante continuar - la relación material con la cosa". (93). Ahora bien, si con motivo - del contrato entre poseedor y servidor de la posesión, se constituye una relación obligacional de subordinación, con rasgos acentuados de constituirse en una relación laboral y no civil, no puede negarse - asimismo que el servidor de la posesión tenga un contacto material - con las cosas a él confiadas, pues, si bien en primer lugar es bajo la responsabilidad impuesta por aquella relación (de subordinación), no es menos cierto que su actividad está ligada estrechamente a las cosas que constituyen el objeto de la posesión del poseedor, lo que de alguna manera entrelaza su propia actividad a las cosas a él confiadas, que hacen nacer en él una iniciativa e interés personal por las mismas. Circunstancia que da lugar con bastante autoridad a una observación objetiva de la actividad del servidor posesorio, que pue

(92) Ob. cit., p. 47.

(93) Manual..., Ob. cit. p. 60.

de permitir valoraciones posesorias de algún grado y que, aparentemente se presentan como propias del poseedor. Sin embargo, esa relación circunstancial con las cosas, que hace nacer en el servidor posesorio un interés personal por las mismas, mas que "poder efectivo sobre una cosa" como lo denomina el parágrafo 855 citado, nos parece que se trata más bien de un grado de custodia o protección a la cosa, no de la forma en que Savigny entendía dicho concepto (94) sino más bien, que convirtiéndose dichas cosas en el medio o instrumento necesario para desarrollar su actividad, debe desplegar una conducta tendente a su control y conservación para asegurar de esa manera el cumplimiento del fin esencial de su propia actividad, que lo constituye la obediencia a las órdenes del poseedor. En ese sentido concordamos con Doral en que la actividad que desempeña el servidor de la posesión es de índole económica, pero disentimos de él en que tal cualificación a dicha actividad pueda elevar al servidor posesorio el grado de poseedor (95), porque, sustancialmente dicha

(94) Ob. cit., ps. 122-123, hablando sobre la adquisición de la posesión de bienes muebles, expresa que éstas lo pueden ser, sin que sea necesario tomarlas materialmente con tal de que estén presentes, excepto en aquellos casos en que habiéndoseme depositado la cosa en mi casa, sin necesidad de ningún otro acto de mi parte, adquiero la posesión sobre ella, porque cada uno "tiene en su casa un poder más seguro que en todos los otros bienes; y este poder le da la custodia de todas las cosas que la casa contiene"; concepto el de custodia, que como se nota, está empleado como poder de posesión y no con la significación que le hemos atribuido, desempeña el servidor posesorio.-(Su-
brayado nuestro).

actividad no constituye en sí, un aprovechamiento u explotación de - la cosa de manera independiente u autónoma y en exclusivo interés - del servidor de la posesión, de la manera en que Saleilles entendía la posesión (96), sino, que la índole económica de la actividad del - servidor posesorio, le deviene directamente de su relación obligacional con el poseedor, siendo éste verdaderamente el que obtiene el - aprovechamiento económico por ser el verdadero poseedor. Las cosas - objetos de la posesión del poseedor son para el servidor posesorio, un medio, un instrumento idóneo para desempeñar su actividad, actividad que es la fuente económica que él aprovecha, pero de las cosas - en las que desarrolla su labor el servidor posesorio no obtiene ninguna ventaja o apropiación de carácter posesorio, debido esencialmente, a que carece del poder jurídico o señorío de hecho sobre las cosas, que le puedan brindar ese aprovechamiento de forma directa e independiente, porque sus actos llevan el sello de la subordinación y la obediencia. Por esa razón, creemos que en rigor, no es posible calificar la actividad desarrollada por el servidor posesorio, como que ésta lo es de "actos posesorios", porque éstos lo son la expresión -

(95) Ob. cit. p. 231, textualmente dice: "En última instancia el servidor de la posesión quizás no tenga un poder jurídico directo sobre la cosa, pero si generalmente un interés económico en mantener la posesión, por más que éste sea derivado de una relación jurídica (contrato) o de una situación profesional (dependencia). En tal sentido, sin duda alguna, es poseedor en cuanto que sobre esa base fáctica se asienta además otro interés económico-social, que se hace tangible con ocasión y a través de la cosa".

(96) La Posesión, Ob. cit., ps. 133, y ss. y 160.

de un poder de posesión independiente y autónomo, elementos esenciales de los que él carece; y ello nos lleva más bien a calificarlos como actos meramente materiales de ejecución, que en sí no contienen un animus posesorio que pueda ser fuente de una apropiación económica directa, autónoma e independiente de las cosas a él entregadas.

c) ACTIVIDAD PROPIA DEL SERVIDOR DE LA POSESION

Por último, para completar el cuadro de la estructura jurídico-formal del servidor de la posesión, queda por señalar un elemento importante, que se desprende también del parágrafo 855 ya citado, cuando en él se dispone que el servidor de la posesión se caracteriza porque ejerce por otro el poder efectivo sobre la cosa. Su característica fundamental es entonces el ejercer, según la norma citada, el poder efectivo sobre la cosa por otro, o como lo señala Doral al decir, que la actuación de hecho propia del servidor de la posesión se liga así al ejerccicio y no a la titularidad, "se mueve en el reducto del ejercer, no del tener" (97). En lo que se relaciona con el alcance del concepto ejercer, estimamos, que habiéndonos referido ya a él (ver supra páginas 87 a 91), cuando se argumentaba de que en el artículo 431 del Código civil no podía comprenderse la existencia de la mediación posesoria, contra una corriente doctrinal que lo afirma, porque en dicha norma se habla de un solo poseedor, pues el otro, el que ejerce "actos posesorio" a nombre del primero, no puede ser calificado de poseedor, estimamos —

(97) Ob. cit., p. 222.

que es suficiente lo que al respecto ya se ha dicho y en consecuencia no sería del caso ahora repetir conceptos vertidos, por lo que en ese sentido, valga ahora lo expuesto en esa oportunidad. Ahora bien, lo que si cabría agregar para una mejor comprensión de lo dicho hasta el momento, es que, lo que hemos venido señalando en el servidor posesorio como actividad propia desarrollada por él, es lo que se denomina en el parágrafo citado con el concepto de "ejercer". De manera que, - actividad del servidor posesorio y ejercicio del poder efectivo sobre una cosa, son uno y mismo concepto, con la diferencia en la que queremos insistir, según entendemos, de que el ejercicio que efectúa el - servidor de la posesión, no creemos en rigor deba ser calificado de - "poder efectivo sobre una cosa", porque ello podría traer confusión. Si la propia norma en comentario y sus intérpretes (98), están de - acuerdo en que el servidor de la posesión no es poseedor, pues su actuación en las cosas las realiza merced a las órdenes que recibe mediante la relación de subordinación existente entre él y el poseedor, su actuar en los bienes no puede ser el resultado de un poder efectivo, que como tal ha de ser atribuido al contenido de la posesión, sino más bien sus actos lejos de constituir un poder, tienen la características de ser simples ejecuciones materiales, a las órdenes que emanan de un poder posesorio y en consecuencia no conllevan en su seno, dominio, señorío, potestad y subjeción del objeto a los designios de

(98) Wolff, Ob. cit., p. 46, claramente dice: "Por lo tanto, el "servidor de la posesión", que en este caso ejerce el poder, no es - poseedor: no le corresponden las pretensiones posesorias. Contra él no se dirige la pretensión de entrega del propietario."

su voluntad. Es posible por lo obvio que parece resultar, que la aclaración ó precisión anterior se entienda no vaya más allá del completar unas líneas más; pero, si por otro lado pensamos que en materia posesoria es donde la terminología con mayor facilidad "tiene la virtud de crear poseedores y tenedores de cosas imaginarias" y por ello se han "producido las mayores confusiones" (99), nos ha parecido de interés, hasta donde hayamos podido acertar, el señalar la distinción anterior, porque de esa manera por lo menos en lo que llevamos dicho, se contribuye claramente a una mejor comprensión de la figura en estudio.-

2. SITUACION LEGAL DEL SERVIDRO DE LA POSESION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

A) UBICACION SUSTANTIVA DE LA FIGURA

Es coincidente la doctrina española en general, en que no obstante el servidor de la posesión no tiene una norma positiva en el ordenamiento jurídico que la defina como tal (100), se afirma sin embargo, que es indudable que semejante figura existe en la realidad jurídica - en donde dicho ordenamiento tiene vigencia (101). Sin embargo, pese a

(99) García Garrido, De la Bonorum Possessio..., Ob. cit., ps. 117-118.

(100) Pérez González y alguer, Ob. cit., p. 50.- Albaladejo, Ob. cit., ps. 54-55, Nota nº 38 in fine.- García Valdecasas, La Posesión, Ob. cit., p. 34.

(101) Castán, Ob. cit., p.478.

que dicha figura se encuentra admitida como existente y como dominante la doctrina que la define como un auxiliar de la posesión, o en otras palabras, que el servidor de la posesión no se constituye en sí como un verdadero poseedor (102), algunos autores aisladamente, lo han concebido como poseedor de forma directa o indirecta y confiriéndole las ventajas que dicha posición supone, han fundamentado su criterio, desde diversos ángulos teóricos que seguidamente se examinan.

a) DESDE UN NIVEL EXTRAJURIDICO

Desde este punto de vista y basado en una concepción socio-económica, Doral mantiene el criterio que el servidor de la posesión es verdadero poseedor y en consecuencia acreedor a encontrarse legitimado para la interposición de los interdictos (103). Para fundamentar el argumento principal y anteriormente descrito, el autor sostiene que la dependencia económica en que se sitúa la figura en cuestión, resulta ser un punto de enlace entre las situaciones sociales y las titularidades jurídicas, por medio de la cual, ni resulta ser ajeno al círculo del poseedor, ni tampoco puede decirse que sustente una relación de pertenencia o derecho en la cosa. Por esta razón puede asegurarse, que el contacto con las cosas que efectúa el servidor posesorio al consti-

(102) Espín, Manual..., Ob. cit., p. 33.- Puig Brutau, Ob. Cit., ps.55 y ss.- Puig Peña, Ob. cit., ps.402-402.- Martín Pérez, Ob.cit.- p.53.- Rodríguez Solano, La Posesión como Objeto..., Ob. cit.ps. 266-267. De Diego Lora, Ob. cit., Vol.2ºps.125-126.- Prieto Castro, Derecho Procesal, Ob. cit. Vol., Vol. II, p. 100.

(103) Ob. cit., ps.231 a 234.

tuirse como el ejercicio de hecho del poder jurídico, no sólo interesa a la posesión, sino que a la vez dicho sujeto no es extraño al ámbito posesorio, lo que a su vez trae como consecuencia el que al efectuarse esta comunicación entre poder jurídico y la potestad de hecho por él ejercida, hace nacer en la figura comentada un interés propio en mantener la posesión por el beneficio económico que la actividad - le supone personalmente y la que a la vez le proporciona al poseedor (104). De esa manera hace rematar su criterio con el argumento de que teniéndose por sentado de que el servidor de la posesión tiene un interés personal en la relación posesoria en la que se encuentra involucrado, ello le concede suficiente legitimación para interponer los interdictos en defensa de la posesión, razonamiento que encuentra pleno respaldo no sólo con la doctrina procesalista que admite a tales efectos, un interés personal como suficiente para el ejercicio de la acción respectiva (De Diego Lora), sino que con ello se estaría justificando una parte inexcusable de su razón de ser como servidor de la posesión, al defender ésta para el propietario en los supuestos en que éste no puede o no se encuentre en la oportunidad de activar dichas acciones (105). Aparte de lo argumentado por nuestra parte en contra de lo sostenido por este autor, en el sentido de considerar al servidor de la posesión como poseedor (ver supra páginas 444 a 450), bajo el criterio de que si bien la actividad que el servidor posesorio desarrolla es de carácter económico, la misma no lo es como provenien

(104) Ob. cit., ps. 217 a 231.

(105) Ob. cit., ps. 232 a 234 y 256 a 258.

te de las propias cosas que se encuentran bajo su control material, - sino de la relación obligacional que lo liga al poseedor, nos parece ahora que puede agregarse a lo dicho, que el pretendido interés en la conservación de la posesión como consecuencia del aprovechamiento económico a que se refiere el mencionado autor, que logra a su vez - el que procesalmente pueda legitimarse para la interposición de los interdictos, resulta todavía insuficiente, incluso desde el punto de vista procesal, porque, si bien se analiza se llega a la conclusión, de que si es cierto que el interés personal del servidor posesorio - existe, no lo es de carácter propiamente sustantivo de donde pueda - desprenderse dicha legitimación. En efecto, si se ha sostenido que - el interés económico que tiene el servidor posesorio le deviene de - su relación obligacional y no de la que materialmente tiene con las cosas, hemos afirmado que por tal razón, la conservación o custodia - de las mismas no constituye en él sustancialmente un fin a cumplir - como derivación del ser o esencia de su estructura jurídica interna, sino que siendo las cosas el medio, conducto o instrumento para cumplir el fin a él encomendado (que resulta ser el ejercicio, actividad o prestación del servicio al poseedor como consecuencia del cumplimiento de órdenes emanadas de éste), su interés en la preservación de ellas, no puede ir más allá del cumplimiento de ese fin, razón - que transforma en circunstancial, temporal y eventual el mencionado interés. Pues siendo éste (el interés) un elemento más en el cumplimiento del fin, incide en las cosas nada más para ser fuente material de una actividad cualificada, lo que a nuestro juicio desvaloriza por completo la esencia del interés tomado en consideración, no

sólo de la perspectiva económica en que lo sitúa el autor citado, sino también desde el ámbito de la legitimación interdictal, ya que éste en realidad al no ligarse de una forma sustancial a la cosa, no puede constituirse en causante de una acción procesal que tiene por fin exclusivo la protección de la posesión en las cosas. Ahora bien, si el poseedor es despojado de la cosa, a lo único que estaría obligado el servidor posesorio sería a dar información de lo ocurrido al poseedor para que éste actúe debidamente, pues como en verdad el vínculo que une a éste con el servidor posesorio no se extingue por aquella razón (el despojo), éste último mantiene vigente su interés económico porque le deviene de la mencionada relación personal con el poseedor y en consecuencia, su posición como servidor de la posesión. De tal manera que el interés señalado en el servidor de la posesión no vendría a resultar lo suficientemente apto, para que en él se fundamente, una consideración de su ser como poseedor y una legitimación procesal para interponer interdictos, de las dimensiones señaladas por el autor en comentario. Y por último, en cuanto a que la interposición de interdictos resultaría ser "parte inexcusable de la razón de ser del servidor de la posesión", para cumplir en realidad con el servicio que presta a la posesión, estimamos, que dicho argumento sobradamente es de relevancia y que se constituiría en fuerte fundamento para sostener dicha legitimación, siempre y cuando el ordenamiento jurídico previamente le conceda posibilidad, aunque sea por vía indirecta, de erigirse en poseedor o de tener un interés posesorio legítimo, posibilidades únicas en el momento actual de la legislación civil española, para recurrir a la interposición de los interdictos.

b) DESDE UN NIVEL SUSTANTIVO

Existe en segundo lugar, el pensamiento de Joaquín Domínguez de Molina, que a diferencia de Doral, ve sustentada la condición de poseedor del servidor posesorio, desde una perspectiva eminentemente jurídico-legal, haciéndola descansar en la posesión natural definida en el párrafo primero del artículo 430 del Código Civil. En apoyo de su tesis el autor citado expresa, que al igual que varios autores lo hacen, deben de considerarse como poseedores civiles a los poseedores naturales o detentadores, porque tienen como suyo el derecho por el que tienen la cosa, de donde puede autorizadamente afirmarse, que en el concepto de posesión civil definido en el Código, han de comprenderse todos los poseedores de derechos en interés propio, ya como titulares de un derecho de dominio, de un derecho real distinto e igualmente de un derecho personal, como el común animus sibi habendi, es decir, de haberlos como suyos por lo que se comprende que en dicha clasificación han de figurar, tanto los poseedores en concepto de dueños, como usufructuarios, enfiteutas, superficiarios, comodatarios, arrendatarios, etc. (106). Si ello resulta de esa manera, la posesión natural definida en el párrafo primero del artículo 430 citado como - la tenencia de una cosa, ha de ser asignada a los que poseen e nombre e interés de otro, como tutores, administradores, mandatarios, criados y todos los demás que carecen de animus sibi habendi; de esa manera,

(106) Protección Posesoria del Derecho Arrendaticio, Ob. cit., p. 185

resulta así una posesión "solo corpore" como la definida en el artículo antes citado, distinta a la posesión inmediata del Código civil alemán, pero semejante a la simple detentación del Código de Prusia que recogía como tales a los servidores de la posesión. Y termina diciendo: "Quizás no parezca muy adecuado el concepto de la posesión natural para aplicarlo simplemente a los servidores de la posesión, que en la escena jurídica, actúan como meros representantes de otra persona. Y, sin embargo, en el sistema del Código español no hay otro remedio. Si en el concepto de la posesión civil entran, como opinan Castaán y De - Buen, y se deduce del propio texto del art. 430, tanto los poseedores a título de dueño, como la de los titulares de derechos propios, incluso de índole personal, no cabe encuadrar en el tipo de la posesión natural más que la de los servidores posesorios, que son los que, careciendo del animus sibi habendi, que es la última diferencia que distingue, según el Código mismo, la natural de la civil tienen con arreglo a él una posesión jurídica, en cuanto está regulada en Derecho y produce efectos jurídicos, lo que, a su vez, la distingue de la mera tenencia material..." (107). Creemos que lo expuesto es la parte medular — del pensamiento de este autor, pues aunque argumenta secundariamente — con otros razonamientos, además de ser derivados de lo ya transcrito, — no vienen a constituirse en sí mismos como variantes o fundamentos distintos a los apuntados. Partiendo entonces de lo expuesto, nos parece que la mencionada posición hemos de refutarla, porque, aparte de que — introduce confusión con algunas categorías posesorias al estimarlas situadas en la misma posición jurídica (tutores, criados, etc.) (lo que — resulta una consecuencia de una distorsión del concepto de la posesión

(107) Ob. cit., p. 186.

que rige en el Código Civil y que en adelante se indicará), las premisas en que hace descansar todo el andamiaje de su construcción jurídica son falsas, según nos parece, de acuerdo con los razonamientos que adelante se exponen. En primer lugar, como lo demostró el propio Ihering, en realidad no existe verdadera posesión si en la misma no se comprenden tanto el corpus como el animus, no de una manera aislada por la que pudiera entenderse que ambos han tenido una existencia previa separada, "sino que el corpus es el hecho de la voluntad: no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de pronunciada. El corpus y el animus son entre sí como la palabra y el pensamiento... La relación de lugar no tiene otra importancia, que la de ser la condición indispensable de la realización de la voluntad de poseer; pero no se convierte en corpus, sino desde que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria". (108). Este criterio recogido en el Código Civil alemán (parágrafo 854) y confirmado por la doctrina más autorizada de dicho país (109), es a la vez la que la moderna doctrina española le prodiga al concepto de posesión contenido en el primer párrafo del artículo 430, cuando de él se dice que encie

(108) La Voluntad en la posesión, Ob. cit., ps. 45-46.

(109) Wolff, Ob. cit.p. 34, dice: La Gewere (besittinge) del derecho medieval alemán es, al igual que el hecho de la posesión en el moderno derecho y por lo regular, un puro señorío de hecho sobre una cosa. El derecho alemán no distingue entre posesión jurídica y detentación: tiene también Gewere el que carezca de animus dominantis".-

rra un puro señorío de hecho, no a la manera de una mera relación es pacial, como la posesión solo corpore concebida por Domínguez de Molina, sino impregnada de una voluntad mínima de tener la cosa con in dependencia (o sea, con el común animus rem sibi habendi), sin nin-- gún calificativo de atribución apropiativa (110), lo que no quiere - decir que se de una ausencia total de animus en el poseedor natural, lo que significa, que la posesión definida en el artículo 430, lo es de esa manera, precisamente porque se reconoce que el sujeto para po der ejercer el poder de hecho en que consiste "la tenencia", debe de hacerlo con la intención o animus de dominarla y mantenerla bajo di- cho poder, independientemente de querer hacer la cosa suya. A ello - tienden las palabras de Hernández Gil, cuando atribuyéndole a la po- sesión civil un matiz atributivo de pertenencia de la cosa o el dere cho al poseedor, dice que para la posesión natural, "Queda, por tan- to, un margen de intencionalidad no dirigida a ese fin (el atributi- vo), sino simplemente expresiva de la relación consciente y queda con la cosa..." (111). Con lo dicho quedan claras dos cosas: una que la posesión natural es aquella que se tiene o ejerce a través de la te- nencia de una cosa o el disfrute de un derecho, mediante el animus - sibi habendi, o sea, la mínima intencionalidad de tenerlos bajo la - dominación, sin que dicha intención esté dirigida a hacer suya la co- sa o el derecho. Y la otra, que la posesión civil es, cuando tenien

(110) Pérez González y Alguer, Ob. cit. ps. 39-40. Castán, Ob. cit.p. 472. Espín, Manual..., Ob. cit.p. 30. Albaladejo, Ob. cit.p.35 y ss.

(111) Dictámenes I, Ob. cit. p. 89.

do esa misma cosa o derecho, se tiene a la vez la intencionalidad de hacerlos como si nos pertenecieran. En ambas situaciones existe posesión precisamente porque se encuentra presente el poder o señorío de hecho con que se domina la cosa y se disfruta del derecho, diferenciándose ambas, porque la primera, el animus que informa al poseedor lo es únicamente de tener la cosa y disfrutar el derecho, sin atribuirse la pertenencia o hacer suyos la cosa o el derecho: es un animus, como dice Ihering, que tiende a imprimir el señño de la relación posesoria, cuando se tiene la cosa o el derecho. Mientras que en la segunda, la posesión civil, siendo esa misma tenencia de la cosa o disfrute del derecho, el sujeto tiene un animus cualificado de hacer suyos en calidad de pertenencia, tanto la cosa que tenga bajo su dominación, como el derecho que disfruta. Ambas posesiones también a la vez, pueden coexistir en un solo sujeto, por medio de la cual, se tiene el derecho como propio y la cosa como ajena, perteneciéndole a otra persona; por lo que se concluye, que en cuanto al derecho, el sujeto ejercerá la posesión civil, mientras que en cuanto a la cosa, ejercerá nada más la posesión natural, porque no obstante estar reconociendo en otro sujeto el animus por el que se atribuye la pertenencia de la cosa, independientemente de tal atribución, dicho poseedor ejerce un señorío de hecho o dominación sobre la cosa por medio del cual, la tiene bajo su voluntad y se aprovecha de ella, según el derecho por el que entró en contacto con dicha cosa. De tal manera, que no es cierto que dentro del concepto de posesión contenido en el párrafo primero del artículo 430, se de una posesión "solo corpore", y, en consecuencia sin la más mínima intención de ejercer el poder -

que consiste la posesión, no resultaría ser ésta, sino que pasaría a ser un contacto físico, material, sin ninguna trascendencia posesoria. La confusión que salta a la vista en la que ha incurrido el autor de comentario, esta nuestra forma de ver, no sólo en desnudar a la posesión natural de toda intencionalidad o animus y concebirla como una relación material con la cosa "solo corpore", sino que a la vez subsume en la posesión civil la posesión natural, en aquellos casos - en que el sujeto posee la cosa con un derecho de cualquier índole - (real o personal) como si le perteneciera dicho derecho y de esa manera entonces, en última instancia por esa vía, viene a eliminar por - completo la posesión natural definida en el artículo 430, debido a - que, considerando únicamente como posesión aquella situación por la - que un sujeto teniendo un derecho que le pertenezca se mantiene en - contacto con una cosa (posesión civil), relega a la posesión natural a un nivel en donde el sujeto carece por completo de intencionalidad o animus. La posesión natural, cuando el sujeto tiene un derecho que le pertenece, desaparece, cuando el sujeto tiene un derecho que le pertenece, pues lo único que cuenta para el autor en comentario, es que el sujeto tenga el derecho como si le perteneciera, o sea, con posesión civil. En definitiva, de lo dicho qué se puede tomar para refutar el criterio del autor citado por el que el servidor de la posesión es un poseedor? Nos parece, que el error fundamental en que incurre el citado autor, es respecto a la concepción de lo que para él representa la posesión. En ese sentido podríanse señalar dos vertientes: la primera al estimar que la posesión definida en el artículo 430 como "la - tenencia de una cosa", es una referencia a una posesión - prevista -

de todo animus y de toda intencionalidad (112), concibiéndola en consecuencia, como una posesión solo corpore, por la que el servidor de la posesión ejercería un poder de carácter material, desprovisto de todo animus, pero no obstante denominándosele como la posesión natural definida en el artículo 430. Conforme lo que queda dicho, el error en que consiste dicho planteamiento parte esencialmente, de estimar como posesión natural, un poder material sin ninguna intencionalidad, cuando precisamente el concepto elaborado sobre la posesión natural en la doctrina, dista del expuesto, en el sentido de estimar a dicha posesión provista también de un cierto animus mínimo y suficiente para tener la cosa y ejerciendo sobre ella el poder o señorío de hecho, no sea necesario por otro lado, el atribuirse como pertenencia la mencionada cosa. Un mínimo de animus o intencionalidad es siempre necesario e indispensable en toda relación de carácter posesorio, porque de lo contrario la mencionada relación lo sería de carácter puramente material y ni en la actualidad, ni en época de los romanos una relación semejante tuvo nunca transcendencia jurídica de posesión (113). Y la segunda vertiente en donde se da error de apreciación en el mencionado autor lo es, el concebir que la posesión civil definida en el artículo 430 citado, es aquella en la que el sujeto ejerce la posesión natural, tenencia o detenta-

(112) Domínguez de Molina, Ob. cit. p. 188, diciendo que la tenencia definida en el artículo 430, a veces es posesión natural y otras posesión civil, pues la primera se diferencia de la segunda, por la ausencia en ella del animus rem sibi habendi, "... es decir, que sólo la simple tenencia desprovista de este animus es la que constituye la posesión natural".

(113) Pérez González y Alguer, ob. cit., p. 39.

ción de una cosa en interés propio, porque tiene como suyo el derecho por el que posee la cosa; por donde, como ya se dijo, subsume en la posesión civil la posesión natural, dejando a éste sin ninguna cualidad y solamente matizada por el derecho que se tenga como propio, asimilando de esa manera a una sola categoría la posesión definida en el mencionado artículo, como aquella que se ejerce, cuando se tiene un derecho como perteneciendo al poseedor: así, tienen el mismo nivel posesorio el propietario y el que posee en concepto de dueño, el usufructuario, el arrendatario, el depositario, etc. Confusión que, agrava el problema porque, si bien admitimos con dicho autor que todos los poseedores antes mencionados, poseen el derecho como perteneciéndoles y en consecuencia tienen la posesión civil, dicha posesión lo es o puede ser, nada más del derecho, porque la cosa pertenece a otro sujeto, en este caso el propietario. De esa manera entonces, es posible poseer tanto la cosa como el derecho: cuando ambas cosas lo son como pertenecientes a un solo sujeto, se reúne en él el concepto de propietario o el de dueño (que no es propietario, pero tiende a serlo), y, en consecuencia, tendrá tanto la posesión civil de la cosa como la del derecho. Pero puede suceder, que tanto la cosa como el derecho se encuentren perteneciendo a distintas personas y, en ese caso, si la cosa pertenece como posesión civil al propietario, pero éste la ha entregado en arrendamiento a otro sujeto, éste se convertirá en poseedor natural de la cosa, porque reconoce que la pertenencia de la cosa es de otro sujeto denominado propietario quien continúa siendo poseedor civil de la misma, pero ahora, a través del derecho de propiedad que se encuentra poseyendo. Mientras que el arrendatario, al constituirse como tal, adquie

re un derecho de arrendamiento que a la vez lo posee como propio, o sea, con posesión civil, mientras que la cosa, como pertenece a otro sujeto, el arrendatario no obstante la tiene y al tenerla, según el artículo 430, ejerce sobre ella una posesión natural, desprovista des de luego del animus o intencionalidad de tenerla como suya, pero, no obstante, despliega sobre ella un poder o señorío de hecho por medio del cual somete a su dominación la cosa: de esa manera, el arrendatario podrá usarla, disfrutarla que son atribuciones que el derecho le confiere, pero, a la vez, tales facultades para poderse sustantivizar de esa manera, es necesario previamente que el arrendatario tenga la cosa y tener la cosa, según la norma última citada, es ejercer sobre ella una posesión denominada natural, para significar con ello, que el sujeto que ejerce o tiene aquella posesión, no tiene la cosa como perteneciéndole a él, no obstante desplegar dicho señorío. Si el autor en comentario ha desprovisto de todo animus o intencionalidad la posesión natural y atribuyéndosela al servidor de la posesión, estima que éste realiza actos materiales sobre la cosa y que tales actos son el ejercicio de la posesión natural, coincide con nosotros en atribuir al servidor de la posesión el ejercicio de actos materiales de ejecución, pero difiere a la vez de nuestro planteamiento en que para nosotros, tal actividad no es verdadera posesión, precisamente porque carece del animus ren sibi habendi, o sea, el que le confiere al poseedor el tener la cosa con independencia, sin arrogarse él, ni ninguna cualidad o cualificación de pertenencia o hacer suya la mencionada cosa. De tal manera, que no siendo posesión natural los actos materiales que ejecuta el servidor de la posesión, precisamente por-

que carecen del animus ren sibi habendi, resulta que éste entonces no es poseedor como lo afirma Domínguez de Molina y, en consecuencia, se gún entendemos, queda contestado de esa manera el argumento que inicialmente se transcribió y que representaba la posición doctrinal del mencionado autor.

c) DESDE UN NIVEL PROCESAL

Se encuentra por último una posición doctrinal de carácter procesal mantenida por Jaime Guasp, que aunque podría ser calificada como indirecta, porque atribuye al servidor de la posesión condición de poseedor porque puede hacer uso de los interdictos, en el fondo tiene - el fundamento de basarse en el principio canónico del Spoliatus ante omnia restituendum. Funda su argumentación partiendo de que la regla para otorgar la legitimación activa en los procesos posesorios, es la existencia de la figura jurídica material del poseedor y dada la amplitud con que se configura el instituto de la posesión en el derecho sustantivo español, influido por la vieja máxima Spoliatus Ante Omnia Restituendum, resulta ser por la misma, que ha de protegerse todo - aquél que se encuentre en una situación de apoderamiento de hecho de una cosa, sea el apoderamiento, posesión civilísima, posesión civil, posesión natural, mera detentación o tenencia; y termina diciendo, que también han de entenderse legitimados para el uso de los interdictos, aquellas situaciones posesorias complejas donde existen varios poseedores como serían, "Si coinciden varias posesiones de distinto grado sobre una misma cosa: posesión mediata y posesión inmediata, e, incluso el mero servidor de la posesión, a base del amplio principio antes

señalado..." (114). Parte entonces dicho autor, para concederle los interdictos al servidor de la posesión y, en consecuencia, tenerlo como poseedor, el principio usado por el Derecho Canónico del *Spo--liatus Ante Omnia Restituendum*, o sea, que al poseedor despojado de la cosa o su posición como tal, antes de discutir su derecho por el que poseía, primeramente debía de reintegrársele en su posesión y - posteriormente establecerse el juicio correspondiente para determinar el derecho discutido. Ahora bien, si es cierto que el principio mencionado se aplicó ampliamente, incluso en casos en que probando la tenencia remota de una cosa se tenía hecha la prueba de esa manera, de la tenencia o posesión actual (115), extendiéndola en algunos casos de detentación pura y simple, es lo cierto también, que no só lo el fundamento de la aplicación de tal principio se hizo por razones de carácter ético en beneficio del poseedor, sino que también - se partió siempre de que el protegido era poseedor, sino que también se encontraba en una situación o nivel por el que por lo menos aparentemente, tenía y ejercía un señorío de hecho sobre la cosa y que si no tenía derecho para hacerlo, era una cuestión que, posteriormente, debía discutirse, al tanto que previamente debía de ser reintegrado en su anterior posición porque la violencia, como fundante de derechos, debía de ser rechazada. Y tanto es así, según nos refiere el autor último citado, que es lo cierto que en la doctrina canónica existió la tendencia a conceder la tutela de la posesión a los - casos debidamente justificados (116). De tal manera, que si bien el

(114) Derecho Procesal Civil, Tomo II, Ob. cit. p. 437.

(115) De Los Mozos, ob. cit. p. 39.

principio aludido del *Spoliatus Ante Imnia Restituendum* tenía carac
teres de máxima amplitud, ésta lo fue siempre dentro del concepto -
que de posesión existía y nunca a casos en que se negaba tal cali--
dad. Según lo expuesto, si la protección interdictal al servidor de
la posesión la fundamenta Guasp en el principio mencionado, ante to
do habría que examinar previamente, si tal figura encierra en sí la
condición de poseedor para posteriormente inclinarse por acoger o -
rechazar dicha protección. Y estimamos que, aunque aparentemente lo
que encierra el principio canónico dicho es todo lo contrario (o -
sea, restituir primeramente en la posesión y examinar luego si exis
te derecho de posesión), nos parece que dentro de las normas vigen-
tes que regulan esta materia, no habría posibilidad de proceder de
otra forma, porque si bien el artículo 446 del Código Civil concede
ampliamente la protección posesoria a "todo poseedor", al momento -
de interponerse la acción interdictal, según disponen los artículos
1651-1652 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según debe de probarse
indefectiblemente que el reclamante se encuentra en la posesión o -
tenencia de la cosa. Y, como, según el artículo 430, posesión es la
tenencia de una cosa, significa que el poseedor se encuentra en una
condición cualificada de señorío de hecho con la cosa, es evidente,
que el servidor de la posesión al tener que probar su personería co
mo tal, trae abajo toda posibilidad de legitimación activa para la
interposición de los interdictos y prima facie habría que rechazar

(116) Ob. cit. p. 46-47.- Para una más amplia consulta del tema, pue
de verse dicha obra de las páginas 32 a 49.

la demanda por carecer el accionante de la posesión que pretende pro
teger. En conclusión, según lo expuesto, estimamos, que ni aun bajo
el principio canónico de *Spoliatus Ante Omnia Restituendum*, habría po
sibilidad de que a través de legitimar al servidor de la posesión pa
ra la interposición de los interdictos, sea posible llegar a consider
arlo como un verdadero poseedor.

B) NUEVA INTERPRETACION DEL ARTICULO 431 DEL C.c.

Hemos señalado supra páginas 452 y 453 , que la corriente domin
ante en la doctrina española se inclina por estimar al servidor de -
la posesión, no sólo como existente en la realidad jurídica española,
sino que también por considerarlo como un no poseedor, porque la fun-
ción por él desempeñada y a la que hemos hecho referencia líneas atrás
no constituye el tantas veces mencionado señorío de hecho sobre una -
cosa en que consiste la posesión. Eso ha motivado una fricción entre
la doctrina y el ordenamiento civil, debido a que en éste no se encuent
ra una norma expresa que defina legalmente la mencionada figura. Sin
embargo, y como en su oportunidad se indicó (supra página 90), es a -
partir de la traducción del Tratado de Derecho Civil de Wolff que Pé-
rez González y Alguer efectúan, que dieron una nueva interpretación -
al artículo 431 del Código Civil, que venía siendo interpretado a trav
és de la distinción entre poseedor en concepto de dueño y el posee-
dor alieno nomine del Derecho Romano, por donde se dió cabida al ser-
vidor de la posesión, logrando con ella una clara distinción en lo -

dispuesto por los artículos 431 y 432, pues de la manera que ambos — eran interpretados anteriormente, se obtenía que dichas disposicio— nes dijeran lo mismo. En suma, la nueva interpretación del artículo 431 podría resumirse con las propias palabras de dichos autores cuan— do dicen: "...en el artículo 431 está perfectamente reflejada la po— sible distinción entre quien es poseedor y quien ejerce la posesión por el poseedor. Si este artículo se compara con el 430 prop.1, se — vé claramente que el que ejerce la posesión por otro no es poseedor ...- por lo que se puede llegar,- ... a la conclusión de que cabe — que una persona ejerza la posesión de otro sin ser poseedor, y que — tan persona representa la figura del que en el derecho alemán se lla— ma servidor de la posesión. Negamos decididamente que el que ejerce la posesión "en nombre" de otro merezca el calificativo técnico de — representante, toda vez que técnicamente la representación se refie— re a las declaraciones de voluntad que se emiten o reciben en nombre de otro, y ejercer la posesión por otro no es realizar negocio jurí— dico alguno, sino intervenir en una relación de hecho, como lo es, en definitiva, la posesión misma". (117). Esta interpretación del ar— tículo 431 en la que se adscribe la figura del servidor de la pose— sión, como se indicó supra página 452 Nota 101, ha sido acogida por la generalidad de la doctrina española, con algunas excepciones (118)

(117) Ob. cit., ps. 50-51.

(118) Castán, Ob. cit.p.478.- García Valdecasas, La Poesión, Ob.cit. p. 26.- Albaladejo, Ob. cit., ps. 39-40,54 y 55, Nota nº 38, — cree ver en el artículo 431 la distinción entre posesión en nom— bre propio y posesión en nombre ajeno como representante. Aun— que no excluye del todo la existencia de la interpretación que

e incluso se ha acogido en términos elogiosos la mencionada inserción de tal figura en el artículo citado (119). Respecto al criterio nuestro en relación de la manera en que el artículo 431 en comentario dis
pone, que el que ejerce la posesión por otro no es poseedor, estamos en todo de acuerdo con que la mencionada norma, no obstante no definir
se en ella expresamente la figura del servidor de la posesión, puede perfectamente sentarse en la misma una interpretación que encierre sin ninguna fricción con el resto de los artículos, la existencia de dicha figura en el Código Civil. Nos parece además y conforme con la doctrina en general, que si se admite al servidor de la posesión como exis
tente en la realidad socio-jurídica, además de no poderse excluir en
tonces del ordenamiento jurídico como lo seala Albaladejo, el hecho de que la figura concuerde con los alcances del texto del 431, hace a
nuestro ver factible su regulación jurídica-legal a través de dicha
norma, sin que se corra el riesgo de violentar la armonía de las nor

(118) (cont. pág. ant.) ...ve en dicho artículo al servidor de la pose
sión, dice que como la misma no está expresamente regulada, po—
dría excluirse del artículo dicho, más no del ordenamiento juri
dico por encontrarse comprendida en él.

(119) Vallet, La Concurrencia..., Ob. cit., p. 565, dice que considera
"... utilísima la importación del concepto del servidor de la po
sesión..., y que, ..., encaja perfectamente en los arts. 431 del
Código Civil y 1652 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ciertamen—
te, el servidor de la posesión no actúa por poder, sino por or—
den, porque la representación técnicamente se refiere a las de—
claraciones de voluntad que se emiten o reciben en nombre de otro
y el servidor de la posesión interviene simplemente en una rela—
ción de hecho sin realizar negocio jurídico alguno".

mas contenidas en el título de la posesión. Sólo nos restaría agregar con motivo de las expresiones emitidas por Pérez González y Alguer - cuando hacen la diferencia entre el representante y el servidor de la posesión y que dicen "...y ejercer la posesión por otro no es realizar negocio jurídico alguno, sino intervenir en una relación de hecho como lo es, en definitiva, la posesión misma", en apoyo de los conceptos que a lo largo de esta sección hemos expuesto, que la men-ción transcrita por la que se dice que el servidor de la posesión "in-terviene en una relación de hecho como lo es la posesión", ha de en-tenderse, según nos parece, en los términos limitados en que se ha concebido el concepto de "ejercer" asignado al servidor posesorio. La intervención en la relación de hecho que constituye la posesión, realiza el servidor posesorio, es en cuanto éste ejecuta actos materiales como respuesta u obediencia a las órdenes impartidas por el poseedor y no, como una manifestación cualificada por el propio ejercicio de los actos materiales en que consiste su actividad; estos actos, como lo apuntáramos en las argumentaciones expresadas contra el criterio de Doral, no tienen en sí las características de posesorias para el propio servidor de la posesión, aunque sí para el poseedor, sino que los mismos por estar vinculados a una relación obligacional, adquie-ren la dimensión de una prestación de servicios de carácter laboral y por esa razón, en el ámbito puramente posesorio, el que se trata de in-cluir al servidor posesorio como interviniente en una relación pose-soria, no pueden tener más que el calificativo de ejecuciones materia-les, como resultado del cumplimiento de una obligación contraída. Creemos que tal concepto debe quedar claro en tales términos, para que no

pueda desprenderse la posible interpretación, de que como el servidor de la posesión interviene en la relación de posesión a través de su - ejercicio, pueda sostenerse como lo hace Doral, de que el servidor posesorio por dicha razón, al no ser extraño al ámbito posesorio, adquiere su posición una relevancia del grado señalada a la que sustenta todo poseedor.

3. PROTECCION POSESORIA QUE REALIZA EL SERVIDOR DE LA POSESION

A) EN CUANTO A LOS INTERDICTOS

Si reiteradamente se ha negado al servidor de la posesión la calidad de poseedor, porque su contacto con la cosa lo es a manera de - ejecución material de actos en cumplimiento de órdenes recibidas del - poseedor y no como un poder de señorío de hecho en la cosa, pareciera reiteración inútil el tener de nuevo que plantear el tema, en cuanto - si podría interponer los interdictos, pues de antemano se ha de llegar a la conclusión de que no se encuentra legitimado para ello. No obstante, por haberse mencionado ya el tema, aunque sin mayores precisiones, nos parece de interés el traer a comentario y ahora de una manera más concreta, una de las posibilidades nombradas por Doral, para legitimar al servidor posesorio en la interposición de los interdictos, que en - el fondo no arranca de una consideración meramente posesoria ni tampoco exclusiva de aquél (el servidor), sino de una cuestión procesal de

legitimación de terceros en la interposición de acciones procesales. A ese respecto se indica que la legitimación procesal es la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, a fin de que figuren como partes y pueda examinarse su pretensión de fondo (120). De ahí ha resultado que la doctrina procesalista muy frecuentemente haya confundido el concepto de legitimación con el de la titularidad de los derechos o pretensiones jurídicas de fondo (121), fenómenos que, bien observados, responden a causas e intereses bien distintos. Teniéndose en consideración entonces la independencia del concepto de legitimación, la doctrina en esta materia ha construido una distinción del mencionado concepto y por ello se dice, que existe legitimación directa e indirecta. En el primer caso se estaría cuando el sujeto actúa dentro del proceso en base a una titularidad activa o pasiva de la relación jurídica deducida en el litigio. En el segundo caso, en aquellos supuestos en que no obstante carecer de aquella titularidad material o procesal, el ordenamiento jurídico le concede legitimación procesal para accionar (122), merced a un interés que el sujeto tenga en el planteamiento de la pretensión, bajo el supuesto de que si no lo hace, sufriría un perjuicio, ya por no obtener una ganancia, ya por verse privado de un beneficio (123). En este

(120) Guasp, ob. cit., tomo 1º, ps. 185-186.

(121) De Diego Lora, ob. cit., Vol. 2º, ps. 110 y 113.

(122) Guasp, Ob. cit. p. 186.

(123) De Diego Lora, Ob. cit., Vol. 2º, ps. 113 y 114.

segundo caso de legitimación indirecta, todavía se subdividen los ca·
sos en que la misma pueda presentarse y así se habla de legitimación
indirecta por representación, que cubriría aquellos casos en que el
legitimado indirecto actúe en nombre del titular. Y por último, cabría
dicha legitimación indirecta en los supuestos en que tal sujeto, ac—
tuando en nombre propio haga valer titularidades ajenas, denominándo—
se a esta legitimación sustitución procesal (124). De los casos citada
dos, como fácilmente se comprenderá, interesa a nuestro estudio el de
la sustitución procesal, pues respecto a los otros dos, el de la legiti
timación directa habría que rechazarlo porque el servidor posesorio —
al no ser poseedor, no tendría pretensión de fondo que hacer valer; y
respecto al caso de representación, aun sabiendo que nuestra figura —
no encarna ninguna representación, es lo cierto que ésta podría lle—
gar a constituirse por mandato, pero a nuestros efectos no interesa—
ría, porque no devendría de la situación de hecho en que el servidor —
posesorio se encuentra. La sustitución procesal, dice Guasp, es un ca—
so anómalo de legitimación, pero de innegable realidad; consiste la —
misma en que, si bien el sujeto legitimado actúa en nombre propio, —
viene a hacer valer derechos o soportar obligaciones indiscutiblemen—
te ajenas, aunque como agrega De Diego Lora, también protegiendo intere
ses personales, criterio este último que también comparte el primero
(125). Si con la sustitución procesal se pretende legitimar al servi
vidor posesorio en la interposición de los interdictos, dejando fuera

(124) Guasp, Ob. cit., p. 186.

(125) Guasp, Ob. cit., ps. 186-187. De Diego Lora, Ob. cit., Vol. 2º.
p. 115.

de toda duda el interés legítimo que habría en el poseedor de la cosa perturbada o despojada para que tal acción se interpusiese (aspecto integrante de dicha legitimación), habría que determinar posteriormente el interés que el servidor posesorio pudiese tener en dicha acción. Doral, como se dijo, afirma que el interés de carácter económico existe, desde el momento en que el servidor de la posesión desea mantener la posesión. Por nuestra parte, hemos afirmado, que si bien el interés económico existe en el servidor posesorio, éste no le deviene propiamente de una situación posesoria, sino obligacional o contractual y que en ese sentido, aun el supuesto de que la cosa se le hubiese despojado al poseedor, el interés económico inalterable se mantiene en el servidor posesorio, porque el mismo no depende de la cosa en sí, sino de la relación jurídica obligacional. En ese sentido no podría considerarse como un sustituto procesal, porque carecería de un interés cualificado que lo legitime para la acción interdictal, acción como ya hemos dicho, responde esencialmente a la protección posesoria y no a un interés personal, dependiente de una relación obligacional y sin ninguna vinculación económica ni jurídica con la cosa. Distinto sería el caso, si en verdad el servidor posesorio deviniera un interés directo para la conservación de la cosa, de donde pudiera inferirse, que si la misma no se encuentra en el ámbito de la ejecución material de sus actos, dejaría de ser u ocupar la posición de servidor de la posesión, lo que podría dar lugar a que, no pudiendo en consecuencia llevar a cabo las actividades que lo califican como tal, se sienta comprometido y obligado por razón de su propia función, a preservar y

defender la conservación de la cosa y por ese lado poder encontrar la legitimación procesal para la interposición del interdicto, que ahora se le niega. Pero, análogamente, tal y como se ha afirmado, como el servidor de la posesión encuentra que su interés económico no se men-
gua con la desaparición de la cosa, ya que el poseedor siempre se man-
tendrá obligado a cubrirle económicamente sus servicios, no habría en
tonces forma de ligar ese interés meramente personal del servidor po-
sesorio, con el interés a que se refiere la doctrina procesalista pa-
ra legitimarse en la interposición de las acciones procesales. Por úl-
timo, si nuestra apreciación es errada, creemos que es a través de la
sustitución procesal la única forma posible, para que el servidor ten-
ga acceso a los interdictos y de esa manera poder obviar, el requisi-
to indispensable y necesario que requieren aquéllos en su uso, cual
es el ser poseedor.

B) EN CUANTO A LA AUTODEFENSA

Regulada exprofesamente la figura del servidor de la posesión
en el ordenamiento jurídico alemán como ya se vió, se define también
por el parágrafo 860 su facultad de ejercer la autodefensa de la po-
sesión, aparte o independientemente del ejercicio de la legítima de-
fensa, que ya tiene por sí, incluso contra el propio poseedor. Se lle-
ga a afirmar por tal razón que "... si del servidor de la posesión no
pudiésemos decir sino que no es poseedor, parecería absurdo señalar -
por separado y como una clase especial los servidores de la posesión,

entre todas las numerosas personas que se hallen en estrechas relaciones corporales con una cosa, sin poseerla. Lo que distingue al servidor de la posesión de los demás no-poseedores, es el que a él le es lícito ejercer - hasta más allá de los límites del derecho general de legítima defensa - los derechos de autoprotección del poseedor, contra ataques extraños: § 860: le es lícito defender la cosa con la fuerza, tal como le sería lícito al poseedor mismo, tal como no sería lícito a otro tercero. Esta conclusión determina el concepto del "servidor de la posesión". (126). Los términos en que queda expresa la función específica del servidor de la posesión, como aquel sujeto que merced a la subordinación debe de ejecutar actos materiales de ejecución como cumplimiento de las órdenes del poseedor y defender por la fuerza la propia posesión, independientemente del ejercicio de la legítima defensa que ya la tiene, da clara respuesta y razón de lo sostenido líneas atrás, en el sentido de que los actos ejecutados o ejercidos por el conllevan nada más el sello de la ejecución material y no la manifestación de poder posesorio alguno a su favor. La propia autodefensa de la posesión en sí, pareciera que no contiene necesariamente la expresión de un poder jurídico como el posesorio, pues si bien dicho poder implícitamente tiene en su seno la exclusión de un tercero en la ocupación de la cosa (aunque indirectamente se logre impedir - de esa manera que un tercero pueda apoderarse de la cosa), lo es, a nuestro entender, en el ámbito puramente del poder de hecho en que

(126) Wolff, ob. cit. ps. 46-47.

la posesión consiste y no de la expulsión por la fuerza del tercero invasor; esta, podría sele calificar como una facultad más, emanada del poder posesorio, pero identificándola con éste. De esa manera, en cierta forma, coincidiría lo que ya hemos expuesto sobre la autodefensa (supra página 322), como el acto que se sitúa en el límite entre el ejercicio puro de la fuerza bruta y el poder propiamente jurídico. Ahora bien, ocurre lo mismo que se ha expuesto, en el ordenamiento jurídico español? Debe de entenderse que si no existe una norma expresa que defina al servidor de la posesión como tal y para su fundamentación jurídica-legal ha sido necesario recurrir a una reinterpretación del artículo 431 del Código Civil, que, por otra parte, soporta por lo menos dos interpretaciones doctrinales más (la de la posesión mediata e inmediata dada por García Valdecasas y otros; y la de Albaladejo en la que se cree distinguir la posesión en nombre propio y en nombre ajeno.) ha de concluirse fácilmente, que el Instituto de la autoprotección de la posesión por servidor de la posesión, no se encuentra regulada de modo expreso en el Código Civil. Respecto a la que pueda desprenderse del artículo 8, 4º del Código Penal, nos parece que el servidor de la posesión no podrá ir más allá de la legítima defensa de su persona, sin que pueda siquiera intervenir, como consecuencia de un ataque contra su persona, en defensa de la posesión, pues según se puede desprender de dicha norma, la extensión de la autoprotección que se brinda a la posesión, como consecuencia del ejercicio de la legítima defensa, le está dado nada más al poseedor por ser el único que posee dicho derecho y a la vez la posesión de los bienes, que son las posibilidades contempladas en la norma en comentario admisibles para que tenga lugar

la autoprotección, elementos ambos, de los que carece el servidor de la posesión. Si ello resulta así en el ordenamiento español, lo que parecería dejar sin ningún sentido y función la existencia de la figura en estudio - según los términos en que se encuentra concebida la misma en el Código Civil alemán como se vió -, de qué manera entonces podría se obviar la dificultad para seguir manteniendo con cierta lógica su existencia en la realidad? Nos parece, no del todo aventurado afirmar que del artículo 1652 de la Ley de Enjuiciamiento civil, podría perfectamente desprenderse una facultad a favor del servidor posesorio por medio de la cual, pueda ejercer la autoprotección de los bienes objeto de la posesión, en los mismos términos concebida para el poseedor, o sea, limitada al ejercicio de la resistencia o rechazo del despojo que se pretende consumir. Para ello nos fundamentamos en las siguientes razones: a) De acuerdo con buena parte de la doctrina española (127), se estima que, al establecer el artículo 1.652 de la Ley de Enjuiciamiento civil que en la demanda ha de expresarse, si los actos que han generado la acción han sido producidos por la persona contra quien se dirige la demanda o por otra en cumplimiento de órdenes de aquella, ello significa el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico de la existencia del servidor posesorio, pues no será éste sino el primero que se encuentre legitimado pasivamente en la demanda. De tal interpretación, que, desde luego, compartimos, se puede desprender entonces, que si el ordenamiento jurídico da entrada a la figura del servidor po

(127) Pérez González y Alguer, Ob. cit., p. 50.- Vallet de Goytisolo, La Concurrencia..., Ob. cit., p. 565.- Puig Brutau, Ob. cit.p. 56.- De los Mozos, ob. cit. ps. 170 a 173.

seosrio en circunstancias tan anómalas como resultan ser, el cumpli-
miento de órdenes para despojar a otro (actos que constituyen el que
brantamiento del mismo ordenamiento jurídico, según el artículo 441
del Código civil), ha de comprenderse, basado en una interpretación
a fortiori, que si el servidor posesorio está concebido como el suje-
to que cumple órdenes y que, incluso en dicho cometido, puede llegar
a despojar a otro de su posesión, con mucha mayor razón ha de enten-
derse, que cumpliendo esas órdenes, pueda a su vez defender por la -
fuerza la posesión de las cosas poseídas de quien recibe las mismas.
Ello se refuerza si se piensa, como se dijo, que, en realidad, la au
to-protección no requiere de una legitimación expresa, como si lo re
presenta el ejercicio de los interdictos y que más bien su fundamen-
tación se encuentra enclavada en el mundo de las relaciones fácticas
pues precisamente su razón de ser lo es como consecuencia de un acto
antijurídico. b) Pero, además, estimamos que de la propia actividad
o ejercicio de los actos que ejecuta el servidor posesorio podría -
comprenderse válidamente, que la mencionada autorización que hemos -
desprendido del artículo 1652 citado, tiene respaldo en dicha norma
por lo siguiente: si bien hemos apuntado que los bienes sobre los -
que ejecuta su actividad al servidor posesorio, se constituyen en el
medio idóneo para cumplir con la misma, que en última instancia re-
sulta ser el fin de su existencia como tal, habrá que comprender, que
mientras el servidor de la posesión ejecuta inmediata y actualmente
su función en los bienes, los medios y el fin señalados aparecen de
cierta manera amalgamados en una unidad indisoluble, definida la mis
ma por la actividad plena que dicho sujeto ejecuta in situ. Si en el

momento de la ejecución de dicha actividad se produce un ataque con fines de despojarle de dichos bienes, se encontraría el servidor posesorio en dos situaciones: una, que como el fin de su existencia es la ejecución de una actividad y ésta al momento de la ejecución de los actos en que consiste, se encuentra unida indisolublemente a los bienes u objetos en los que recae y que son a la vez los objetos de la posesión, atentar contra los dichos bienes en vía de despojo, es, a la vez, atentar contra la actividad que desarrolla el servidor posesorio en ese momento y como ha de tratar de preservar la actividad que ejecuta (no los bienes propiamente dichos), que es, en definitiva, donde extrae su beneficio económico, debe a la vez proteger los bienes objetos de la posesión. Ello no contradice lo afirmado anteriormente en el sentido, de que aún despojando al poseedor de los bienes, el servidor posesorio continúa obteniendo su interés económico porque el mismo se encuentra basado en una relación obligacional, debido a que precisamente el ejercicio de la actividad en que consiste el quehacer del servidor posesorio, es parte esencial de aquella relación personal convenida o pactada con el poseedor y en consecuencia, fundamento también de su interés económico al que hemos hecho mención. Y la otra, que podría ser una consecuencia de la antes enumerada, encontrándose unidos por el quehacer momentáneo, bienes de la posesión y actividad o ejercicio de los actos materiales en que consiste la función de la figura, al pretenderse el despojo de los bienes, se infiere una agresión a la persona del servidor posesorio de manera necesaria, lo que provocaría, que encontrándose legitimado para el ejercicio

de la legítima defensa de su persona, al actualizar ésta, indirectamente también defiende los objetos sobre los que realiza su actividad precisamente porque a ese momento cosas y actividad, se encuentran fundidas en una con la persona del servidor posesorio. Creemos asimismo, que esta fusión de los elementos mencionados no ha de entenderse de una manera constantemente instantánea, sino como la unión de actividad o ejercicio y cosas, que se efectúa más o menos continua, como consecuencia de la prestación normal de los servicios. Según lo que - hasta ahora se ha expuesto nos lleva a la conclusión, que en este aspecto de la autoprotección realizada por el servidor posesorio, diferimos también de Doral (128), para quien el fundamento de la autoprotección que realiza el servidor de la posesión ha de encontrarse en la relevancia social que tiene la autoridad del poseedor y la subordinación a que se encuentra sometido dicho sujeto. Por último, nos quedaría por examinar, la cuestión de si concedida la autoprotección al servidor posesorio en lo que se refiere a la resistencia o rechazo del despojo, podríasele conceder a su vez, la otra forma de ejercer aquella por medio de la recuperación de la cosa, tan luego se haya consumado el despojo. Algún autor se inclina por la afirmativa (129). Sin embargo, nos parece, que además de las razones que se dieron para negarle al poseedor la mencionada facultad (ver supra página 343), las -

(128) Ob. cit., ps. 216-217.

(129) Certad, Ob. cit., ps. 40-41, expresa que, "El derecho de recuperación debe de extenderse a todo tenedor y aun al servidor de la posesión en interés del poseedor".

habría que aplicárselas también y con mucha mayor razón, al servidor posesorio, por no ser éste poseedor. Pero, además, porque si del artículo 1652 citado de donde se ha derivado la legitimación para la resistencia, debido a que el máximo acto oponible al despojo lo constituiría el no-despojo y éste está representado precisamente por la resistencia o rechazo y nunca, por ejercicio de un nuevo despojo, que como hemos sostenido, se opera, en el sentido de que la posesión obtenida por esa vía se consolida desde el instante mismo en que el despojo se consuma, habría que concluir que el servidor posesorio no se encuentra autorizado para ejercer la recuperación.

4. DISTINCION ENTRE EL SERVIDOR DE LA POSESION Y EL MEDIADOR POSESORIO

Definidas aproximadamente tanto el ser como la función del servidor de la posesión, podemos intentar una distinción entre esta figura y la del mediador posesorio, que nos pueda situar a un nivel de diferencias sustanciales fácilmente determinables en cada una de ellas, a efecto de que cada figura ocupe la posición que jurídicamente le corresponde. Pero llama la atención, en primer lugar, cuál sea la verdadera razón para intentar siquiera una distinción entre las dos figuras y no hacerlo, por ejemplo, con otra como la del poseedor mediano, la del poseedor civilísimo o, incluso, la del poseedor incorporal. Y en segundo lugar, a su vez, el determinar que la escogencia no es arbitra

ria y que obedece a que entre ambas figuras existen rasgos, elementos y funciones semejantes, derivadas de situaciones jurídicas y fácticas concretas, que las presentan a la vez como figuras paralelas, incluso desde una perspectiva espacial, en que ambas se encuentran en relación con la cosa. De lo expuesto nos parece que bien pueden distinguirse - dos grandes campos de relación entre ambas figuras y que denominaríamos como cuestiones jurídicas y cuestiones de hecho.

A) CUESTIONES JURIDICAS

Desde este primer aspecto lo primero que se presenta a distinguir entre ambas figuras, es, precisamente, la clase o índole de la - relación jurídica por la que cada una de ellas nace a la vida jurídica. De esa manera, entonces contrastaremos cada una de ellas, a efecto de conseguir la distinción que nos proponemos. a) En cuanto mediador posesorio, como se ha visto a lo largo del presente trabajo, al - formalizar la relación jurídica con el poseedor mediato, obtiene a - través de ella un derecho derivado, que le permite no sólo poseer éste, sino que también le da acceso a la posesión de la cosa. Se convierte así en poseedor civil del derecho derivado de que se trate, pues lo tiene como suyo, ya lo sea de usufructo, arrendamiento, etc. Pero a la vez también, siendo poseedor de la cosa en concepto distinto del de dueño, tiene la posesión natural de ésta por la que puede desprender un señorío de hecho sobre la misma, que le confiere y asegura una actuación autónoma e independiente en relación con el poseedor mediato y la

cosa poseída. Sustenta a la vez dos posesiones: la civil y la natural, dedonde deriva una serie de ventajas y facultades en relación con la cosa y el poseedor mediato, como lo sería respecto a la civil, el poder enajenar o ceder su propio derecho de posesión a un tercero; y respecto a la natural, el que, confiriéndosele por medio de ella un poder o señorío de hecho sobre la cosa, no sólo tiene poder de dominación sobre la misma, sino que deriva a su favor el poder interponer los interdictos para proteger su posesión, que, a su vez, le permite un aprovechamiento en condiciones normales de lo que la cosa produzca. Por último, siendo la posición mantenida por el mediador posesorio una verdadera posesión, ello lo equipara en condiciones de igual posesoria con el poseedor mediato (130), lo que presupone que entre ambos sus relaciones han estado regidas por criterios de igualdad y reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones y ejercicio de derechos nacidos de la relación jurídica pactadas entre ambos.- b) Respecto al servidor de la posesión, como se acaba de ver, de la relación jurídica pactada con el poseedor, obtiene un derecho personal y no de posesión, de donde deriva únicamente derechos de índole laboral y no un poder posesorio sobre la cosa. Siendo su relación jurídica de índole personal, además, tiene la característica de ser de carácter subordinado, por donde se encuentra sometido al cumplimiento de las órdenes que le importa al poseedor, lo que, además de situarlo en un plano inferior de relación con respecto al poseedor, hace que su contacto con las cosas que se le

(130) Doral, ob. cit., p. 217.

confían lo sea a nivel meramente material y de ejecución, respecto a ellas, de las órdenes que se le impartan. A diferencia del mediador posesorio que puede concluir su posición como tal, ya sea por cumplimiento de lo pactado o por razones puramente posesorias (despojo de la cosa, extravío o destrucción de ésta, etc.), el servidor posesorio puede concluir su relación con las cosas, no sólo por cumplimiento de lo convenido entre él y el poseedor, sino por causas de despido o abandono de sus servicios y en consecuencia se encuentra obligado a devolver los objetos que estaban bajo su custodia (Art. 1587 del C.c.) (131). Todo lo anterior conlleva a la conclusión, que siendo un derecho personal lo que el servidor de la posesión tiene, el único beneficio económico que obtiene lo es de dicha relación, a diferencia del que obtiene el mediador posesorio directamente de la cosa, debido a que su contacto con las cosas lo es meramente material en el cumplimiento de su actividad. De ahí podría deducirse que, desde el punto de vista obligacional, guarda una igualdad con el poseedor por la que ambos pueden ejercer sus respectivos derechos y exigirse el cumplimiento de las obligaciones contraídas; pero, en relación con la cosa, no tiene ninguna relevancia su contacto con las mismas, porque el único que las posee es el poseedor, y a diferencia del mediador posesorio que concurre en plano de igualdad con el poseedor mediato en lo que respecta a la posesión de la cosa, el servidor posesorio, merced a la subordinación a que se encuentra sometido, en lugar de concurrir con el poseedor en su

(131) De los Mozos, Ob. cit., ps. 171 a 174.

relación con la cosa, más bien depende de él (132).

B) QUESTIONES DE HECHO

Las actuaciones que en el plano fáctico ambos sujetos desarrollan pueden, en principio, inducir a tergiversaciones respecto a la identidad propia de cada uno de ellos, pues, aunque los mismos proceden de causas distintas como se ha visto, en el efecto puramente material de manifestación de ambos, puede encontrarse similitud. Imagínese, por caso, la actividad desarrollada por el arrendatario en el cultivo y siembra de una finca y la que desempeña el empleado contratado para efectuar dichos cultivos: materialmente ambas actuaciones no ofrecen diferencia alguna, que pueda llevarnos a una distinción de las dos figuras. Sin embargo, si sólo fuéramos a tomar como punto de referencia el mencionado aspecto, la distinción entre ambas figuras sería difícil o imposible. No obstante la actividad de ambos se encuentra matizado por una serie de aspectos adyacentes al puramente material, de donde pueden extraerse valoraciones de carácter general que nos puedan llevar a distinciones tangibles y sustanciales. De esa manera, la circunstancia de que el mediador posesorio ac-

(132) Doral, Ob. cit., p. 226, dice: "Por eso conviene distinguir cuidadosamente el servidor de la posesión de aquél que concurre con otro en la posesión de la cosa o del derecho. El que concurre, concurre en pie de igualdad aunque sea en distintas zonas de aprovechamiento, utilidad o disfrute de la cosa o derecho. En cambio, el servidor de la posesión no concurre con el poseedor, sino que, ante todo, depende de él. No está ligado con una relación de igualdad, si no de subordinación, de dependencia".

túe con independencia y autonomía, que le proporciona el señorío de hecho que ejerce sobre la cosa, se traduce externamente en actos propios, creativos, de modificación y alteración de formas (hasta donde la impone la conservación y sustancia de ésta), de uso, disfrute y aprovechamiento directo de la cosa, que lo hacen, de hecho, distinguible fácilmente de un no poseedor. Mientras que si se observa la actividad del servidor posesorio, por la que entra en contacto con la cosa solamente en períodos determinados de tiempo, ejecutando actos materiales de carácter rutinario y en muchos casos, que no ofrecen la imagen de creación, sino meramente de ejecución material de actos, sin que, a su vez, denote libertad, independencia y autonomía de la ejecución de su actividad en relación con la cosa, se deducirá que actividad de aquel sujeto no obedece a una actividad propiamente posesoria y que su razón de ser se encuentra en la dependencia. Pero si a ello se suma lo afirmado por Doral (133) (aunque referido a sostener una actuación objetiva del servidor posesorio, que le concede autonomía y fundar por ahí el criterio de que éste es poseedor), en el sentido de que el servicio incorporado en el servidor posesorio tiene caracteres sociales, creemos más bien que debido a esa circunstancia es más factible lograr una distinción segura que nos lleve a reconocer, que ante dos sujetos que desarrollen una determinada actividad, se pueda estar en condiciones de señalar cuál es el poseedor y cuál el servidor posesorio, debido al conocimiento socialmente generalizado que existe de las funciones y actividades y de la división entre los individuos, en el desempeño de aquéllas.

(133) Ob. cit., p. 234.

C) SEMEJANZAS

Conforme lo señaláramos anteriormente supra páginas 444 y 445, si bien es posible distinguir a un servidor posesorio por la función que desempeña (chofer, empleado de bar, etc.), lo es también el confundirlo con el poseedor, por la aparente autonomía con que desempeñan su función (agente viajero, directo bancario, etc.). Esta circunstancia de desarrollar una función ó actividad de índole independiente, hace nacer en el servidor posesorio una apariencia posesoria que puede traer consecuencia jurídicas, generadas por la convicción que provoca en los terceros, de que su relación lo es con el propio poseedor. En casos semejantes dice Wolff, si el servidor de la posesión dispone de la cosa y la entrega a un tercero, ha de tenerse como extraviada la misma para el poseedor (134) Sin embargo, se afirma por otro autor en caso semejante, que esa apariencia en el servidor de la posesión da lugar para que la adquisición del tercero, devenga para éste en propiedad, pues su actuación es idéntica a la que realiza el mediador posesorio, ya que siendo éste poseedor se entiende que en algún grado puede disponer de la cosa y, en consecuencia, por fuerza analógica, han de aplicarse los términos del artículo 464 del Código Civil (135). Por nuestra parte, nos inclinamos por esta última solución, conforme ha sido expuesto en el caso del mediador posesorio, en aquellos casos desde luego, en que la actividad del servidor posesorio engendre en realidad una verdadera apariencia posesoria y a los que se

(134) Ob. cit., p. 46.

(135) Melón Infante, Ob. cit. ps. 31 a 34.

refiere tácitamente el artículo último mencionado, ya que la adquisición que en propiedad obtenga el tercero de la cosa, no sólo ha de entenderse basada en la apariencia sino que, a consecuencia de ésta, ha de surgir en el tercero la buena fe, que es, en definitiva, la que confiere el título aludido. Es precisamente en esa apariencia y semejanza, en la actividad que desarrolle el servidor posesorio, en donde aparece una relación casi de identidad entre éste y el mediador posesorio y debido a ello, es que consideramos se da entre ambas figuras la posibilidad de una verdadera semejanza, semejanza que, desde luego, no cabe realizar, cuando como ya se ha dicho, la actividad del primero es obviamente manifiesta de la figura que representa, sino solamente en aquellos casos en donde el servidor posesorio con el ejercicio de su función envuelve una apariencia posesoria.

III. LA COMEDIACION POSESORIA

Sumario: 1. Condición Jurídica de la Comediación.- 2. Relaciones entre Comediadores.- 3. Relaciones entre Posesión Mediata y Comediadores.- 4. Interdictos.

1. CONDICION JURIDICA DE LA COMEDIACION

A) LA COPOSESION

La comediación posesoria resulta ser un caso de coposesión (136) Su tratamiento impone dejar expuestas algunas premisas de ésta, que serán las que rijan en sus aspectos generales el estudio de esta figura, que resulta ser como en ella misma se indica, un caso de mediación posesoria, pero bajo el supuesto de constituirse en mediador, un conjunto de sujetos en relación de coposesión. El párrafo 1º del artículo 445 del Código Civil que dice, "La posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión", a la vez que fundamenta la coposesión, contrapone ésta con la posesión exclusiva, de forma tal que se podría decir que son las dos únicas posibilidades en que una cosa o un derecho pueden ser poseídos de hecho desde un mismo nivel o grado posesorio. Se pregonaba de esa manera que, "Existe posesión exclusiva..., cuando en un grado posesorio se halla un sólo poseedor, aunque hayan otros que poseen en grados superiores o inferiores."

(136) Pérez González y Alguer, Ob. cit., p. 67, expresan que la coposesión es idea aplicable a todos los grados posesorios: mediata e inmediata, superior o inferior.

Hay coposesión cuando varias personas dominan la misma cosa como poseeedores inmediatos o poseedores mediatos del mismo grado". (137). Presenta la coposesión según lo dispuesto por la norma transcrita, la característica de que siendo ésta la antítesis de la posesión exclusiva, ha de entenderse la misma en el sentido, de que ésta se refiere a la pluralidad de sujetos que la tienen y no a la manera o forma en que es tenida la posesión por el conjunto, porque, en ambos casos, según entendemos, la indivisión a que se hace mención lo es de la posesión que recae sobre la cosa. Cómo entonces habría que entender la posesión que cada coposeedor tiene sobre la cosa? Creemos, según los términos del artículo en mención que la posesión que cada coposeedor tiene, lo es de toda la cosa, en forma semejante como se produce el poseedor exclusivo (en el sentido de posesión de todo), con la salvedad de que difiere de éste en que no pretende la exclusividad de aquélla, sino que admite compartirla con otros sujetos que vienen a poseerla en las mismas condiciones de hecho en que lo hace el (138). Siendo entonces referible la indivisión al hecho de la posesión que los coposeedores sustenten

(137) Alvarez Abundancia, Ricardo. Protección Interdictal de la Coposesión, Rev. Der.Priv. Mayo, 1950, p. 438.

(138) Albaladejo, ob. cit., p. 63, afirma que la coposesión debe de ser entendida como un poder conjunto (indiviso) de los coposeedores.- Pérez González y Alguer, Ob. cit., p. 67, dicen: "...El art. 445, prop. 1ª habla de indivisión, pero la posesión es independiente - de todo derecho y, por tanto, el requisito o supuesto de indivisión no puede referirse al derecho sino al hecho mismo de la posesión" De Los Mozos, Ob. cit.p. 180, bastante explícito expone "...que - la posesión de cada coposeedor no recae sobre una cuota ideal de la cosa, ya que por el hecho de serlo no es susceptible de posesión, sino sobre la cosa misma toda entera".

tan, podría admitirse que el derecho por el que cadauno posee, pueda ser no sólo distinto, sino que siendo igual pueda dividirse a la vez de acuerdo con el grado de participación que cada uno tenga en la cosa, o sea, como afirma de Diego Lora, que el poseedor posee la cosa con la configuración que la titularidad del derecho sobre la misma - le proporciona (139). Debiendo quedar claro que la manera de estructurarse la coposesión en semejante forma, no contraviene en sí la propia institución, pues de lo que se trata es de que todos se encuentren poseyendo en el mismo grado posesorio (como poseedores mediatos e inmediatos), sin que la diferencia o división del derecho - por el que cada uno posee influya en la coexistencia de éstos, pues además, no por ello la cosa o la posesión que se tiene por los varios coposeedores, produciría la división de aquélla, que es, en definitiva, el otro elemento esencial de este instituto (el primero está compuesto por el conjunto de poseedores). Ahora bien, no habrá coposesión en los casos en que no obstante sea una sola cosa la poseída y varios los sujetos que la posean, lo hagan desde niveles o planos diversos, como ocurriría con un poseedor mediato-superior, otro media-

(139) La doctrina en general comparte el criterio que el derecho en la coposesión puede ser susceptible de cuotas, por lo que se pueden extraer porciones en el aprovechamiento de la cosa, por donde un coposeedor puede obtener mayores ventajas que otro, de acuerdo a lo que ascienda el quantum de su derecho. Alvarez - Abundancia, Ob. cit., p. 438, dice que "el señorío de los coposeedores no se halla dividido en cuotas; la división de cuotas sólo puede referirse al derecho en cuyo ejercicio poseen los coposeedores. Se es copropietario por cuotas determinadas; se es coposeedor por entero".

to-mediador y otro inmediato inferior, pues la estructuración de dichas posesiones lo sería en forma vertical y no paralela, como lo requiere - la coposesión y se constituyen cuando se encuentran en un mismo grado - posesorio (140). Con todo, en lo referente al mismo grado o nivel posesorio, cabe hacer la aclaración en relación con la posesión civilísima y la posesión incorporal del despojado, en el sentido que pudiéndose en contrar ambos poseedores poseyendo la cosa conjuntamente con otro poseedo dor que tiene la cosa en un mismo grado posesorio, no obstante, no se - da el caso de la coposesión, pues, en ambas situaciones, cada posesión pretende serlo de manera exclusiva y por lo tanto excluyente, lo que ge nera un estado de lucha como dice García Valdecasas, para hacer valer - la pretensión jurídica legítima, y si bien, ambas posesiones son del mismo grado, ha de tomarse en consideración que la una es corporal y la - otra incorporal, con lo que la institución de la coposesión queda excluf da por no reunirse en sus elementos siquiera la conjunción de poderes de los sujetos en que consiste la misma.

B) CONSTITUCION DE LA COMEDIACION

a) LA COMUNIDAD ABSOLUTA

Hemos indicado que la comediación es un caso de mediación posesoria en la que figura en lugar de un sujeto como mediador, una pluralidad

(140) Pérez González y Alguer, Ob. cit., p. 67, dicen que no hay coposesión en caso de concurrencia posesoria, "puesto que sus posesiones no recaen paralelamente sobre la cosa, sino como una jerarquía dis tinta y representando supuestos de hechos y efectos de naturaleza diferente".

de ellos organizados en coposesión. En principio, habría que decir, que la formación de la mediación desde un punto de vista jurídico-legal, no difiere de la mediación posesoria exclusiva ya estudiada, o sea, — que supuesto un poseedor precedente, éste se desprende de la cosa y la entrega temporal y provisionalmente al mediador, constituyéndose en él un derecho derivado, limitado e inferior al del concedente, a fin de — que la posea y posteriormente se la devuelva. Si el anterior esquema — lo trasladamos a un caso de mediación posesoria habría que entender que el mediador posesorio vendría a estar constituido, no por un poseedor, sino por un conjunto de ellos, de modo que, estableciéndose una — relación jurídica entre el poseedor mediató y el conjunto de los poseedores, éstos reciben, no sólo la cosa sino que también un derecho derivado, a partir del momento en que se opere el consentimiento por ambas partes. En este sentido, nos parece hacer una distinción importante y es la referente, a que el conjunto de coposeedores se forma como tal, en relación con la cosa común poseída por todos ellos, no a la manera que pudiera entenderse que cada coposeedor representa a la totalidad, sino que la totalidad de ellos se estructuran de manera conjunta en lo que respecta a la totalidad de la cosa. De esa manera, habría que en— tender, que el conjunto (entendido como unión de unidades posesorias), en lo que se refiere a la relación jurídica establecida con el posee— dor mediató, lo que hace como una persona jurídica unitaria y no separadamente entre cada comediador y el poseedor mediató, Lo que no obsta para que cada comediador tenga la posesión separada y totalmente de la cosa, pues ello no contradice el conjunto, sino que es la exigencia de la disposición del artículo 445 que establece la indivisión del hecho — de la posesión. De esa manera se afirma, que cuando se establece una —

coposesión en semejantes términos, se da una comunidad absoluta, por medio de la cual los comuneros contratan nominal y conjuntamente con el copropietario, formándose entre ambas partes una relación jurídica productora recíproca de efectos (141). En situación semejante, han de efectuarse algunas distinciones, a saber: en primer lugar, todos los comediadores en virtud del derecho derivado adquirido, se mantienen relacionados con el poseedor mediano a quien reconocen como poseedor superior y a las vez les permite, separadamente, tener la posesión total de la cosa. En segundo lugar, es posible que el derecho adquirido por los comediadores lo sea proporcionalmente igual, en cuyo caso, todos tendrán acceso al aprovechamiento de la cosa en un plano de recíproca igualdad. Pero puede suceder que en el mencionado derecho se divida en partes desiguales, conforme así lo hayan pactado el conjunto de comediadores, de donde se sigue, que el aprovechamiento, uso y disfrute de la cosa que cada comediador realice de la cosa, estará informado por el quantum o cuota que hayan así pactado cada uno de ellos les pertenezca. (Art. 393 del Código Civil). En tercer lugar, la circunstancia de que el derecho se encuentre dividido en cuotas, no incide en el poder posesorio que cada uno tiene de la totalidad de la cosa, pues como se dijo, lo que es indivisible en la coposesión es el hecho de la posesión y no el grado o modo en que sus integrantes se aprovechen de la cosa. Ello, desde luego, no constituye una contradicción interna entre

(141) Plans Sanz, José M^a, Subarriendo, Convivencia y Comunidad, Rev. Leg. Jurisp. Jul. Dic., 1951, p. 683. - Casas Martínez, A, La Comunidad - Arrendaticia, Rev. Gral. Der. Jul. Ago. 1956, p. 530, denomina a las comunidades absolutas como convencionales, con efectos tanto frente al poseedor mediano como entre los comediadores.

ambas situaciones jurídicas, pues recuérdese que el poder de hecho en - que consiste la posesión, lo es a manera de un dominio formal que se des- pliega sobre la cosa, mientras que el derecho representa, el contenido, modo o forma del disfrute que el poseedor obtiene de la cosa que se en- cuentra bajo su dominación, pues recuérdese que la comediación, al ser - una posesión establecida mediante un derecho, éste confiere el grado de aprovechamiento, según la índole y clase del mismo.

b) COMUNIDAD RELATIVA

En realidad, ésta no se presenta como un verdadero caso de come- diación posesoria, pues, según Plans Sanz, la misma tiene lugar cuando uno de los coposeedores, en nombre propio, pero por cuenta también de - los demás, conviene con el poseedor mediato en el establecimiento de - una relación de mediación posesoria, de modo que de esa manera se cons- tituyen independientemente, una relación jurídica entre el coposeedor - contratante y el poseedor mediato y otra, entre el primero y el resto - de los coposeedores. De esa manera, entre la comunidad formada por to- dos los coposeedores y el poseedor mediato, no existe ninguna relación jurídica por no haberse pactado expresamente (142), por lo que entonces el único que se viene a constituir en verdadero mediador, es el copo- seedor que ha contratado con el poseedor mediato. Se señalan por esas - razones varias diferencias entre la comunidad absoluta y la relativa, a saber: a) En la comunidad absoluta es el poseedor mediato el que da el goce de la cosa a la pluralidad de sujetos y por esa razón los efectos

(142) Ob. cit., p. 683.

que se deriven de una relación jurídica semejante se producirán recípro-
camente y de frente entre uno y otros. b) En la relativa, es el media-
dor posesorio contratante el que separadamente, produce efectos ante el
poseedor mediato y como coposeedor, los produce y recibe ante el resto
de los coposeedores (143).

2. RELACIONES ENTRE COMEDIADORES

A) CUOTAS DE DERECHO IGUALES

Partiendo del criterio expuesto de que la comediación es una co-
munidad absoluta, ha de entenderse, que, a partir del nacimiento de la
relación jurídica de mediación, todos los comediadores gozan de la mis-
ma calificación jurídica que les confiere el derecho adquirido y, de esa
manera entonces, podrán ser denominados usufructuarios, arrendatarios,
depositarios, etc. Si el derecho derivado lo ha sido en términos de cuo-
tas proporcionales, o sea, que todos gozan del mismo quantum jurídico,
en principio parece que las obligaciones y derechos que cada uno tenga
han de ser idénticas o iguales al resto de los comediadores. Tales dere-
chos y obligaciones, según entendemos, han de identificarse con los —
mismos que se le han señalado al mediador posesorio exclusivo, o sea, —
obligación de conservar la forma y sustancia de la cosa; uso y disfruta
de la cosa según el derecho derivado; derecho de exigir del poseedor me-
diato los mantenga en la posesión adquirida, etc. Parece justo y equita

(143) Casas Martínez, Ob. cit., ps. 523-524.

tivo que ello sea así si tomamos en cuenta, que teniendo todos un -
mis derecho de aprovechamiento en la cosa, a la vez también todos,
poseen la totalidad de ésta (144). Por esas razones, llama la aten-
ción el párrafo 1º del artículo 398 del Código Civil que dice, "Pa-
ra la administración mejor disfrute de la cosa común serán obligato-
rios los acuerdos de la mayoría de los partícipes", porque podría -
pensarse perfectamente, que si bien directamente por vía de acuerdo
no podría ni ampliarse ni reducirse la parte proporcional al derecho
adquirido, pudiera ser que mediante tales acuerdos y por vía indi-
recta, se puede menguar el derecho de un comediador en minoría, res-
tándole actos administrativos o de disfrute la cosa. Si bien es -
cierto que el párrafo 3º de la citada norma prevee una posible solu-
ción al dilema planteado, nos parece que no lo es del todo lo sufi-
cientemente amplia como para abarcar, una posible disminución el de-
recho de un comediador, pues pareciera que lo instituido con esa fi-
nalidad no lo es un verdadero juicio declarativo, sino una gestión
de jurisdicción voluntaria, que en el fondo no tendría el efecto de
restablecer jurídicamente el quebranto apuntado. Claro que se dirá,
que el comediador lesionado tendrá siempre la vía para el plantea-

(144) Certad, ob. cit. p. 142, difiere de este criterio y expresa -
que, "No puede hablarse de una posesión "in solidum" de los -
coposeedores sobre la cosa, en el sentido de considerar de que
todos los coposeedores poseen en una misma relación de espa-
cio y tiempo la cosa entera, lo que, lógicamente, no es posi-
ble". Sin embargo, aunque de alguna manera nos parece que el
autor en comentario se refiere al Código civil español, nos -
parece que según lo que podemos entender de la disposición -
del art. 445, no existe posibilidad alguna distinta, para en-
tender la coposesión, tal y como queda expuesta.

miento del juicio plenario en defensa de su derecho; sin embargo no deja de inquietar la circunstancia, de que discutiéndose en el mencionado proceso el derecho disminuido se pueda argumentar, que lo - resuelto tanto por la mayoría como por las diligencias instauradas ante el Juez, están en todo de acuerdo con la norma legal citada y, en consecuencia, el comediador querellante no tiene derecho alguno en la interposición de la acción. Ahora bien, si el supuesto comentado no ocurre, habrá que entender que los acuerdos tomados según el artículo dicho, serán la pauta para regir las relaciones entre los comediadores, pues debe de admitirse que en el mismo han de recogerse las facultades que el derecho adquirido le otorga a cada comediador. En defecto de la existencia de dicho acuerdo, pues de la norma en comentario no se desprende que el mismo deba existir necesariamente (aunque tampoco sería fácil imaginar la coexistencia de los comediadores sin un mínimo acuerdo de organización en el disfrute de la cosa), habría que recurrir en la regulación de las actuaciones de los comediadores a lo dispuesto por el artículo 393 ibídem que dispone, qué beneficios y cargas han de repartirse proporcionalmente de conformidad a las respectivas cuotas y que no existiendo éstas, como es el caso en examen, han de presumirse que los mismos deben de corresponder por partes iguales, mientras no se pruebe lo contrario, o sea la existencia de dichas cuotas.

B) CUOTAS DE DERECHO DESIGUALES

Puede ocurrir que al moento de la comediación o posteriormente a ésta, merced a cesiones convenidas entre los comediadores, que

algunos comediantes tengan una mayor proporción de cuotas en el de recho adquirido y por tal razón, una mayor cantidad de aprovechamiento en la cosa coposeída. Como lo adelantáramos, tal situación no im plica que los comediantes adquirieran una mayor porción de la coposesi ón de la cosa, pues, como se reitera, ésta continúa indivisible en el hecho de la posesión que se tenga sobre ella, sino que lo que sucede, es un mayor aprovechamiento, en el uso y disfrute de la cosa (145), conforme con el quantum adquirido. Ello no implica tampoco ningún desequilibrio en la relación interna de los comediantes, pues, como ya se vió, según el artículo 393, tanto los beneficios - como las cargas corresponderán proporcionalmente a la cuota de de recho que el comediador tenga.

C) COSAS COMUNES Y COSAS PERSONALES

Por último, dentro de las relaciones entre los comediantes se debe señalar, que cabe efectuar una distinción entre lo que resulta puramente común o parte propiamente dicha de la coposesión y los bienes pertenecientes a cada uno de los comediantes, sobre los que tienen una posesión exclusiva (146), pues serán las primeras y

(145) Albaladejo, Ob. cit. p. 64, dice: "En cuanto al disfrute, si, por ejemplo, de dos poseedores uno tiene más parte en los fru tos, será, no por una mayor cuota (valga la expresión) en la coposesión, sino por una mayor cuota en su de recho sobre la co sa (si esta es de dos condueños que la poseen, los frutos se reparten en atención a la cuota de condominio de cada uno."

(146) Pérez González y Alguer, Ob. cit. p. 68, dicen de las cosas comunes y particulares que "Las primeras estarán en coposesión inmediata de todos los habitantes (se refieren a una vivienda)

no las últimas, las que puedan motivar relaciones entre la comunidad. Así, el artículo 394 del Código civil dispone que "Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho". Este precepto es otro buen reflejo, de que la posesión mantenida en la coposesión por los partícipes lo es de toda la cosa y que, en aquellos supuestos en donde exista extralimitación de alguno de ellos en su uso, destino o impedimento para que el resto de los coposeedores se aprovechen de la cosa, la coexistencia de las demás posesiones se verá afectada de hecho por el menoscabo producido. En lo respecta a las cosas personales, en realidad, por tenerse y ejercerse la posesión sobre ellas de manera exclusiva por cada comediador, no tendrán mayor trascendencia en las relaciones entre los restantes comediadores (147).

(146) (cont. pág. ant.) ...mientras que las segundas serán posesión exclusiva del inquilino a que pertenezcan". García Valdecasas, Guillermo, La Comunidad Hereditaria, Rev. Leg. y Jurisp. pág. 408, abril 1952, dice que, el patrimonio común se da cuando éste pertenece en común a varias personas, sin confundirse en ningún caso con el patrimonio privativo de cada una de ellas. La característica de este patrimonio es que no confundiéndose con los privados a la vez no pertenece a un comunero en particular, sino al conjunto. De ahí, que la titularidad, la administración, responsabilidad por deudas y relaciones jurídicas correspondientes al todo, es de incumbencia del conjunto.

(147) García Valdecasas, La Comunidad Hereditaria, ob. cit. pág. 407, dice del patrimonio personal que... "está integrado por la suma de derechos patrimoniales de que ésta es titular. El patrimonio forma una cierta unidad determinada por la pertenencia a un solo sujeto de la totalidad de los derechos patrimoniales y por -

3. RELACIONES ENTRE COMEDIADORES Y POSESION MEDIATA

A) ENTRE COMEDIADORES Y UN POSEEDOR MEDIATO

En este sentido de relaciones entre las partes en una comediación, habría que hacer una distinción previa que se refiere a que dichas relaciones pueden establecerse entre los comediadores y un poseedor mediato o entre los primeros y una coposesión mediata. En cuanto a las primeras, podría decirse que son las mismas que, en principio rigen en casos de mediación posesoria exclusiva, o sea, que en las mismas interviene la índole del derecho derivado y la relación jurídica existente entre las partes. Pareciera que en este tipo de relaciones realmente no habría nada más que agregar de lo ya dicho en las relaciones de la mediación posesoria exclusiva. Sin embargo, hay un aspecto que sí merece recalcar de verdadera significación y es el relacionado, a si el intercambio de relaciones entre ambas partes lo es, separadamente entre cada comediador y el poseedor mediato o si éste establece una relación exclusiva con el conjunto de coposeedores. En este sentido nos parece que cabría hacer distinciones a saber: a) Si partimos del fundamento que cada comediador tiene la posesión íntegra de la cosa total, no cabe duda que su relación con el poseedor mediato desde el campo puramente fáctico de la posesión, lo será de manera particular y al igual que lo realiza un poseedor exclusivo; o sea, que podrá exigir que se le mantengan en -

(147) (cont.pág. ant.) la sujeción de los mismos a la responsabilidad por las deudas de aquél".

la posesión adquirida, que el poseedor mediato cubra los gastos de conservación de la cosa como consecuencia del deterioro sufrido por el uso que el comediador haga de la cosa, etc. En cuanto al poseedor mediato, éste podrá realizar inspecciones sobre la cosa, sin que ningún comediador particular pueda impedírselo y, a la vez, podrá exigir a cada uno de ellos, cesen o le indemnicen en los deterioros producidos por su dolo y culpa. b) Respecto al campo puramente jurídico de la relación de comediación, nos parece en primer lugar que la fuente de relación entre ambas partes, lo será el convenio suscrito y por dicha razón, creemos, que siendo éste el que regirá las mismas, las relaciones han de efectuarse a nivel de comediadores en conjunto con el poseedor mediato, de manera que los primeros lo hagan como una sola persona jurídica; de ahí, por ejemplo, se podría pensar, que si se tratara de una relación de arrendamiento, el poseedor mediato deberá exigir el pago del arriendo a todos los comediadores y no separadamente a cada uno de ellos. Por la omisión del pago total o parcial del precio, el poseedor mediato estará legitimado para ejercer la acción de desalojo total de los comediadores, sin que ninguno de ellos pueda alegar haber entregado la cuota dineraria que le correspondía, para exonerarse de responsabilidad ante la acción intentada. La circunstancia, como fácilmente se debe comprender, de que entre los comediadores puedan existir cuotas diferentes de participación en el derecho, por donde unos tengan menos aprovechamiento que otros, no excusaría el cumplimiento de las obligaciones contraídas en común pues habiéndose constituido la comediación a través de un convenio por el que a todos se les entregaba la cosa, es indudable que será el conjunto el que deba de responder ante el poseedor mediato de lo

convenido, y de ellos es buena cuenta, no sólo el artículo 395 del Código Civil por el que se faculta a un coposeedor para obligar a los demás partícipes en el cumplimiento de las obligaciones comunes, sino, que de la concepción de que la comunidad forma una persona jurídica (148), se desprende a su vez, que como unidad jurídica indivisible, debe de asumir obligaciones y ejercer derechos, en lo que respecta o afecta al total de los comuneros. Pero, además, nos parece que existe otro argumento en apoyo de lo expuesto, en el sentido de entender, que si el artículo 445 citado dispone que el hecho de la posesión es de carácter indivisible, es indudable que de él se genera la existencia de cosas comunes en la cosa que han de ser asumidas por la totalidad de miembros de la comunidad y entre ellas precisamente se encontraría, las relaciones con el poseedor mediano, quien pudiendo estar representado por el propietario, exige que de una sola cosa, deba de salir una relación unitaria de los miembros que coposeen la misma (149). Ahora bien, del artículo 392 del Código civil se desprende que, a falta de contratos o disposiciones especiales, la comunidad ha de regirse por el título res-

-
- (148) Donderis Tatay, Ob. cit. ps. 91-92, - Soto Nieto, Fco. La Comunidad arrendaticia, Rev.Gral.Der., 1953, ps. 535-536, expresa que la "titularidad corresponde a la reunión o conjunto de comuneros colectivamente considerados... En la comunidad arrendaticial, al ser el titular el conjunto o suma de individuos colectivamente considerados, los comuneros particularmente no tienen potestad dispositiva".
- (149) Donderis Tatay, ob. cit., p. 93, expresa que "El comunista es un miembro, un habiente causa que participa y con los otros - constituye la personalidad jurídica colectiva que posee la cosa comunera".

pecto señalado a la comunidad de bienes. Sin embargo, en lo que se relaciona con la mediación, pareciera que dicha norma no tiene - ninguna aplicación, debido a que siempre aquella estará formada - por una relación jurídica emanada de un convenio o de la propia - ley, o sea, que la aplicación de las normas del título de la comunidad de bienes aludido tendrá únicamente aplicación en la comunidad, de manera supletoria en aquellas situaciones no previstas en el convenio.

B) ENTRE COMEDIADORES Y COPOSESION MEDIATA

En lo que respecta a las relaciones entre comediantes y co posesión mediata, estimamos, no han de diferir de lo dicho hasta - ahora sobre las relaciones entre los primeros y un poseedor media- to. Pese a ello, como los poseedores mediatos forman a su vez una comunidad absoluta y poseen el derecho que recae en la cosa de manera indivisible, con participaciones iguales o desiguales en el - derecho de aprovechamiento de la posesión que tienen, habrá que en tender en ellos también una personalidad jurídica que actúe en sus relaciones con los comediantes y de manera conjunta, tal y como - estos lo hacen. De manera que, las mencionadas relaciones entre co mediantes y coposeedores mediatos ha de hacerse a nivel de conjun- to, entendiendo en cada nivel posesorio la existencia de una perso- nalidad jurídica que actúe por el conjunto de los coposeedores, to- do de acuerdo con el convenio celebrado entre ambas partes, que es el que va a señalar los derechos y obligaciones que van a regir se- mejante relación. Lo único que parece haría falta señalar sería el

caso de que un comunero cualquiera que sea a la comunidad que corresponde, si efectúa una actuación no lesiva a la comunidad contraria y más bien beneficiosa a la que él pertenece, qué efecto tendría en la coposesión a que pertenece? A excepción hecha del caso que se señala en el artículo 397 del Código Civil y que se refiere exclusivamente a las alteraciones en la cosa común producidas por un comunero, es posible, en principio, admitir que aquella situación, aunque pueda ser hecha en interés personal del comunero, pero que tenga también transcendencia y efectos al resto de la comunidad, pueda perfectamente beneficiarla, pues si se parte del principio que toda actuación directa e indirecta está referida a la cosa y ésta se encuentra poseída de hecho indivisiblemente por todos, no habría posibilidad alguna que éstos, no vengán también a beneficiarse con dicha actuación, como una consecuencia de la propia esencia y naturaleza de la coposesión que tienen (150).

4. INTERDICTOS

Se suma a la ya de por sí compleja figura de la coposesión el tema referente a su protección interdictal, que precisamente por derivar de institución que ofrece notables dificultades en su construcción dogmática, condiciona en esa medida, no sólo el legitimar a los

(150) Alvarez Abundancia, Ob. cit. p. 439, expresa que existe consenso en la doctrina de que el ejercicio del interdicto por un comunero aisladamente, indudablemente que viene a aprovechar al resto de la comunidad.

componentes de la figura para dicha acción, sino incluso el cuestionarse seriamente la posibilidad de colusión de intereses entre el conjunto y cada mediador, pues aunque se afirma con sobrada razón que la "negación de la vía interdictal a los coposeedores frente a extraños implicaría, indudablemente, una desprotección a la posesión..." (151), no por ello deja de constituirse en problema el de la legitimación, pues si bien cada coposeedor posee el todo y en consecuencia cualquier lesión a la posesión total lo sería a la suya, es también cierto que existe una comunidad que tiene a su haber la titularidad de la misma y la única, aparentemente, con facultad para actuar jurídicamente ante terceros. De tal manera que en principio nos parece autorizado el plantear el problema de los interdictos en la coposesión, desde la perspectiva del sujeto a quien corresponda la legitimación en la interposición de estas acciones, para luego ventilar las diferentes posibilidades en que la misma puede presentarse.

A) LEGITIMACION INTERDICTAL

Contenida implícitamente en la legitimación interdictal de la coposesión, se encuentra el tema previo, de si cabe o no dicha protección para la mencionada figura. Como un caso más de posesión y sin que sea necesario ahondar en argumentos y citas de disposicio

(151) Alvarez Abundancia, ob. cit. p. 438.

nes legales, ha de partirse del principio de que la comediación posesoria también se encuentra protegida por los interdictos y, en consecuencia, cualquier lesión de hecho que se infiera a la institución en comentario, necesariamente debe de contar con la protección que tales acciones brindan. A quién deban corresponder el ejercicio de las mismas, es precisamente lo que nos proponemos plantear. Si - hemos convenido que la coposesión resulta ser la figura por medio - de la cual un conjunto de sujetos tienen de hecho indivisiblemente la posesión de una cosa, cubriendo cada uno de ellos con su posesión la totalidad de la misma y que, a la vez, a tenor de los artículos 446 del Código Civil y 1651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil todo poseedor se encuentra legitimado para interponer los interdictos, no cabe duda que aquélla debe de reconocerse, separadamente, a cada uno de los comediadores por el sólo hecho de constituirse como poseedores. La circunstancia de la existencia de otros sujetos ocupando el mismo plano o grado posesorio y la no menos realidad jurídica del conjunto, no pueden a nuestro entender, ser obstáculos para que cada comediador pueda recurrir, ante una lesión a la posesión a la acción interdictal correspondiente. Y debe de serlo así, porque por encima de la posesión de otros sujetos y la que en conjunto pueda atribuirse a la comunidad, se encuentra como un hecho incontestable la posesión que el comediador particular tiene y ejerce y que, al igual que la de los demás, puede sufrir lesiones y menoscabos que no pueden ni deben quedar al arbitrio de la tutela de otra personalidad jurídica (152), pues siendo o debiendo ser ésta ya de por sí

(152) Rodríguez Solano, La Posesión como Objeto..., ob.cit., p. 297.

también poseedora (de lo que no obtendría ninguna ventaja el mediador particular, porque él es también poseedor), podría correrse el riesgo - por falta de interés o retraso en la implantación de la acción interdic tal, que sus intereses vayan a sufrir graves menoscabos. Y nos referi-- mos a la falta de interés, supuesto un tanto equivoco en relación con - lo que se ha entendido representa la posesión en la coposesión, no como lo entiende Alvarez Abundancia (153), sino en un sentido subjetivo y - convencional; contrariamente a lo que afirma dicho autor, creemos, que no obstante, puedan darse relaciones jurídicas preexistentes de la ind le que éstas sean entre varios coposeedores y un tercer agresor, ello - no obsta para que la lesión que éste infiera a la coposesión, no lo sea también para aquéllos, pues, el interés jurídico que se genera para ac-- cionar interdictalmente contra una agresión a la posesión, no depende - de relaciones obligacionales o reales existentes entre coposeedores y el perturbador, sino que más bien aquél tiene su fundamento en un hecho ob jetivo que menoscaba la posesión como institución jurídica y no como ac to personal, de donde se desprende que la lesión en tanto se infiera, re

(153) Ob. cit. p. 439, aludiendo a un caso señalado por Wolff, acoge la tesis sustentada por éste, de que en virtud de unas relaciones ju rídicas preexistentes con un tercero, es posible que varios copo-- seedores carezcan de interés jurídico para interponer la acción - interdictal contra dicho tercero y en perjuicio de otro coposee-- dor no participante en dicha relación, cuando el mencionado extra-- ño infiera una lesión a la coposesión en general y en particular a la de éste último coposeedor, debido a que las mencionadas rela ciones jurídicas preexistentes vedan a dichos coposeedores inter-- poner el interdicto, porque "los actos (perturbadores del tercero) no implican un ataque respecto a éstos, que, por tanto, no se ha-- llarán legitimados para el ejercicio de las acciones interdicta-- les..."

sulta ser tal, independientemente de la voluntad y obligaciones contraídas por los coposeedores con el tercero agresor. Lo dicho no sólo se desprende de una visión institucional de la posesión, sino también del párrafo 1º del artículo 445 citado, en el que se dispone - que la posesión como hecho es indivisible cuando se reconoce en la misma a varias personalidades teniéndola conjuntamente y si ello es así, cualquier hecho que resulte perturbador o despojador de la posesión de uno, lo será a la vez, actual, inmediata e indefectiblemente de la que tengan el resto de los coposeedores. El equívoco, a nuestro entender, en que incurre el autor citado, deriva, de lo que él mismo acepta no puede darse en el ordenamiento jurídico-español, pero que al momento de desarrollar sus consecuencias no mantiene la congruencia lógico-jurídica que la coposesión exige de acuerdo al artículo 445, aunque si se produce en el ordenamiento jurídico alemán porque el sistema seguido en dicho código lo permite. Así, el Código civil alemán dispone la división de la coposesión en simple y en mancomunada, sistema contrario al seguido por el ordenamiento español, como precedentemente lo han reconocido Pérez González y Alguer (154) - reconociéndose en la primera (que es la que aquí nos interesa), - aquella por la que cada coposeedor tiene un señorío independiente - aunque no ilimitado de la de los demás copartícipes (155); pues, si ello se admite de esa manera, resulta entonces comprensible, que una agresión a la posesión de un coposeedor, pueda no serlo para los demás, debido a la independencia con que el coposeedor lesionado tiene

(154) Ob. cit. p. 68, nº 1.

(155) Wolff, ob. cit., p. 65.

su posesión, como sucede en dicho ordenamiento y lo afirma el propio Wolff (156). De tal manera que se debe convenir, en estricta armonía con el ya citado artículo 445 que siendo poseedor del todo indivisiblemente cada partícipe de la coposesión, cualquier lesión que se infiera a la misma, legitimará a cada uno de ellos para plantear la acción posesoria respectiva (157). Ahora bien, significaría entonces que las acciones posesorias son patrimonio exclusivo de cada comedia dor y que, incluso por esa razón, podría resultar superflua cualquier intervención al respecto por el conjunto? Si se ha afirmado que el - conjunto de copartícipes tiene la posesión también del todo, lógico es deducir que el conjunto también podrá accionar interdictalmente - en defensa de la posesión sustentada. Lo que sucede, según lo que po demos apreciar, es que raras veces ocurrirá que el conjunto intervenga, pues sabiéndose ya de antemano que basta con la acción que interponga uno de ellos, para que se logre proteger suficientemente el - conjunto, parece del todo innecesario que tengan que intervenir todos (158).

(156) Ob. cit., p. 123.

(157) Donderis Tatay, Ob. cit., ps. 95-96, expresa que teniendo el - ejercicio de una acción posesoria la trascendencia de un acto de conservación a la cosa, a tenor de los artículos 395 y 398 del C.c., por regla general un copartícipe en la coposesión no puede accionar posesoriamente de manera particular y con beneficio para los demás, pues, siendo la comunidad la que posee y tiene la personería jurídica, es a ella solamente a quien - corresponde dicho ejercicio.

(158) Alvarez Abundancia, Ob. cit., p. 439, dice que la protección interdictal que se prodiga al coposeedor, es una consecuencia de una doctrina sentada por el Tribunal Supremo que dice, que cualquier copartícipe pueda comparecer en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad y que la sentencia aprovechará a todos.

B) INTERDICTOS CONTRA TERCEROS

Como una consecuencia necesaria del que cada comediador se encuentre legitimado para la interposición de los interdictos, es la de que puedan interponerlos contra terceros, tanto en las perturbaciones como en los despojos, sin que para ello se deba tomar en consideración la agresión de hecho que se infrinja contra la posesión que de hecho sustente un comediador particular. En ello se encuentra de acuerdo la mayoría de la doctrina española y en ese sentido se pronuncian Pérez González y Alguer (159); García Valdecasas (160); Vallet de Goytisolo (161); De los Mozos (162), Albaladejo (163); Castán (164); Prieto Castro (165). Teniendo en consideración que por tercero también han de figurar el poseedor mediato o los coposeedores mediatos en su caso (166), conforme se señaló supra página 287, la interposición de interdictos, tanto de los comediadores contra el poseedor mediato ó coposeedores mediatos y de éstos contra aquéllos, según las razones ya aducidas en los casos de mediación posesoria exclusiva, debe de admitirse que cada uno de los miembros de cada comunidad posesoria, es-

(159) Ob. cit., p. 124.

(160) La Poesesión, ob. cit. p. 68.

(161) La Concurrencia de varias posesiones..., Ob. cit., p. 578.

(162) Ob. cit., p. 181.

(163) Ob. cit. p. 85.

(164) Ob. cit., p. 501.

(165) Der. Proc. Civ. Vol.II, p. 100.

(166) Certad, ob. cit., p. 144, dice que "Por terceros debemos entender no sólo los totalmente extraños al coposeedor sino también aquellos coparticipes, cotitulares o comuneros que no sean coposeedores", entendiendo que con el concepto de coposeedores lo ha de referir al mismo grado posesorio ocupado por éstos".

tán legitimados para interponer la acción protectora en contra de uno, varios o todos los coposeedores que se encuentren en el grado opuesto, según provenga la lesión de cualquiera de los sujetos mencionados. En este sentido, De Los Rios expresa, "...que en el supuesto de estar dividida la posesión en grados, como la coposesión se admite para cualquiera de ellos poseyendo los copropietarios por otro (Artículo 432 del Código civil), tendrán los mismos derechos que los poseedores exclusivos a efectos de la defensa interdictal" (167)

C) INTERDICTOS ENTRE CO-MEDIADORES

Si se ha admitido como una consecuencia necesaria del disfrute de la posesión por cada uno de los comediadores, que éstos se encuentren legitimados para interponer los interdictos contra cualquier tercero que perturbe o despoje la posesión que en conjunto tienen, no resulta igualmente compartido el mismo criterio por la doctrina cuando se trata de plantear el tema de la posibilidad de la existencia de dichas acciones entre comediadores. Se dice por ello que en esta materia la solución no sólo no es tan sencilla, sino que se discute y hasta se niega su existencia (168). Los argumentos básicos que se han señalado para negar dichas acciones, pueden resumirse en uno genérico y otro específico.- a) Por el primero, abarcando los interdictos de retener y recobrar, se aduce, que la circunstancia de encontrarse poseyendo la cosa en un mismo plano o grado posesorio, hace del coposeedor demandante y demandado, poseedores actuales, lo que en el fondo vendría a con-

(167) Ob. cit., p. 181.

(168) Gómez Orbaneja y Herce Quemada, Ob. cit., p. 36.

tradecir los interdictos, pues éstos están para ser interpuestos contra no-poseedores y en consecuencia, contra una fuerza externa y no interna, lo que parece contrario a las acciones interdictales. Pero, además, la acción de inquietación o perturbación, podría confundirse con las propias actuaciones que el coposeedor jurídicamente se encuentra autorizado a realizar; y en lo que respecta a la de recobrar, según el artículo 1658, de la Ley de Enjuiciamiento civil, dicha acción sólo es operante en función de la posesión exclusiva, lo que traería como consecuencia, en el caso de prosperar el interdicto que el demandante se constituiría en poseedor exclusivo, en evidente perjuicio de los restantes coposeedores y aún del coposeedor demandado (169).

b) En cuanto al argumento segundo o específico que hemos llamado, se encuentra representado por el interdicto de retener por el que se dice, que además que "Las cuestiones de coposesión entre coposeedores deben derivarse, por tanto, hacia el respeto de los acuerdos tomados con arreglo al Art. 398 del C.c." (170), se afirma que siendo "la posesión de los coposeedores promiscua es equívoca, siendo equi-

(169) Alvarez Abundancia, Ob. cit., ps. 441-442, - De La Plaza, Ob.cit. p. 51, dice que "... el hecho de la indivisión obsta a la posibilidad de que pueda arrogarse el carácter de poseedor exclusivo o preferente, en perjuicio de los demás". - De Los Mozos, ob. cit., p. 181, si bien admite, que aún en los casos de mediación posesoria, donde las posiciones de poseedor mediano y poseedor inmediato, puedan ser ocupadas por coposeedores y, en consecuencia, a los efectos de la defensa interdictal tener los mismos derechos que los poseedores exclusivos, expresa que en tales supuestos, "... como la posesión (de los coposeedores) no es más que una ficción de hecho, no gozarán de la tutela interdictal, más que frente a terceros, pero no entre sí".

(170) Pérez González y Alguer, Ob. cit., p. 124.

voca no es legítima y al ser ilegítima no puede promoverse la acción de amparo de un coposeedor contra otro". (171). Pero, a la vez, como señala Donderis Tatay, es posible (172) que el comediador demandado por inquietación o perturbación, aduzca en su defensa, que su actuación, interpretada como perturbante de la posesión de otro coposeedor, se fundamenta en el artículo 394 del Código civil que autoriza a cada copartícipe a servirse de las cosas comunes, con la limitación de no impedir y perjudicar la actuación de los restantes comuneros. Planteada de esa manera las objeciones a la interposición de los interdictos entre comediadores, nos referiremos por separado a cada una de ellas, para, al final, exponer nuestra opinión personal sobre el tema.- a) Además de las objeciones ya indicadas que, en general, hace Alvarez de Abundancia para rechazar la tutela posesoria entre coposeedores, esgrime una, de donde según parece parte para sostener - las demás, en el sentido de afirmar que los interdictos de retener y recobrar funcionan en la ley de Enjuiciamiento civil sobre la base - de la posesión exclusiva y que, por esa razón, no es posible concederlos a los coposeedores entre sí (173). Estimamos, que tal apreciación, si bien semánticamente podría tener algún fundamento pues de - acuerdo con los artículos 1651, 1652 y 1658 de la Ley de Enjuiciamien

(171) Certad, ob. cit., p. 148.

(172) Ob. cit., ps. 97-98.

(173) Ob. cit. p. 440, textualmente dice: "Observemos, por de pronto, que los interdictos de retener y recobrar la posesión funcionan en nuestra Ley Procesal civil, indudablemente, sobre la base de la posesión exclusiva. La coposesión, como es sabido, elimina por su propia naturaleza el concepto de exclusividad entre los coposeedores. Para dicha Ley, y a efectos interdictales, se es o no se es poseedor o tenedor exclusivo de la cosa".

to civil y 446 del Código civil, al referirse los tres primeros al - demandante y el último a "todo poseedor" es posible entender que se trata de personas individualizadas y por consiguiente únicas para te ner la posesión exclusiva, no es del todo acertada, porque, jurídica y procesalmente no podría admitirse que en tales conceptos se envuel- van nada más que personas individuales, sino que su significación, - más que a personas físicas ó individuales, debe de ligarse al concep- to de "parte procesal", que siendo de carácter genérico, contiene en su seno, tanto a una sola persona como a varias, con el común denomi- nador, ambas, de poder actuar en juicio, ya como parte actora o de- mandante ya como demandada. Y no podría ser de otro modo, porque de lo contrario ello traería como consecuencia problemas de carácter - procesal, como sería el de obligar a varios individuos con intereses idénticos sobre un objeto, a plantear demandas separadas, con el pe- ligro de pronunciamientos dispares que atenten a dividir la continen- cia de la causa y en consecuencia a poner en peligro la institución de la cosa juzgada. Pero además, habría que entender que gramatical- mente la construcción de las normas jurídicas ha de hacerse en forma genérica en muchos aspectos, precisamente para evitar equívocos y - contener en su contexto, la forma de que las pretensiones jurídicas en general sostenidas por uno o varios individuos puedan actualizarse a través de las mismas, y debido a ello es, que al hablarse de deman- dante en las mencionadas normas debe de entenderse que lo están ha- ciendo para comprender en ellas, no individualidades, sino un sujeto procesalmente legitimado para actuar en juicio como persona jurídica y no como sujeto físico, pues, tanto debe de comprenderse dentro del concepto dicho a personas físicas como a un conjunto de ellas. Si se

entendiera de otra forma, por ejemplo, habría que admitir necesariamente, lo que sería totalmente absurdo, que al referirse al artículo 1652, párrafo 2º de la Ley Procesal, que en la demanda interdictal deben de indicarse los hechos motivo de la perturbación o el despojo "manifestando si los ejecutó la persona contra quien se dirige la acción, u otra por orden de ésta, "que se trata de una sola persona física, individual y por dicha razón, un grupo de personas no podrían constituirse en perturbadores o despojadores de la posesión de otro u otros sujetos. De tal manera, a nuestro entender, no sería posible admitir que la Ley Procesal en lo que se refiere a los interdictos de retener y recobrar proteja únicamente a la posesión exclusiva. En cuanto a los argumentos primeramente señalados, de que al situarse los comediadores (demandante y demandado) en un mismo plano posesorio, siendo por esa razón ambos poseedores actuales, contradeciría la naturaleza de las acciones posesorias que están dadas para ser interpuestas contra-no-poseedores y ataques externos a la posesión, estimamos, que no encuentran apoyo, no sólo en un somero análisis sino que también no la tienen en la propia legislación. En primer lugar, resulta desacertado el afirmar que los interdictos se han creado para ser usados contra no-poseedores. Además de que la ley (art. 446 del C.c. y 1651 de la Lec.) se expresan que las acciones posesorias son para rechazar la perturbación y recobrar la posesión perdida (y por consiguiente, sin hacer alusión alguna a la condición o clase del sujeto que realice tales actos), es lo cierto también, que un poseedor cualquiera, puede convertirse en perturbador o despojador de la posesión de otro, pues para ejecutar tal acción, lo que interesa es un desplazamiento de un sujeto por otro

sin o contra la voluntad del primero de la posesión que tenga una cosa, importando poco o nada, que el despojador o perturbador sea poseedor o no. Y en segundo lugar, la circunstancia de que las acciones posesorias lo sean para defender la posesión de ataques ex ternos, por lo que entonces no podrían usarse entre coposeedores por la razón de su propia posición, hemos de admitir, que, en efecto, los interdictos han sido creados para la defensa de ataques ex ternos; pero ello no viene a menoscabar el uso de interdictos entre coposeedores, pues ha de tomarse en consideración, que siendo la posesión de cada comediador de la totalidad de la cosa, cualquier ataque haga un comediador contra otro, ha de conceptualizarse como una lesión proveniente externamente a la posesión del lesionado, porque su posesión en toda la cosa la tiene y ejerce de hecho para sí, en su nombre y no en representación ni en nombre de ninguno de otros comediadores, aunque su derecho, como se dijo, pueda encontrarse dividido. En ese sentido, reafirmamos lo ex puesto anteriormente, en que cada comediador en realidad tiene una posesión exclusiva en la cosa, aunque admitiéndose que la comparte con otros. Por esa razón, siendo la posesión del comediador una verdadera unidad hermética posesoria de toda la cosa, la lesión que otro comediador infiera a la misma, además de constituirse como tal por ser una actuación de mero hecho, debe a su vez entenderse que procede externamente, no desde la perspectiva de la cosa, sino de la posesión del primero que es en definitiva la que verdaderamente se protege según el artículo 446 citado cuando dice "Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión..." y no en la cosa que posee.- L) Como la otra objeción que Alvarez

Abundancia hacia, respecto a que la inquietación o perturbación podían confundirse con actuaciones del comediador y que, a tenor del art. — 1658 de la Ley Procesal dicha acción solamente es operante en función de la posesión exclusiva, tiene relación con el argumento que hemos — llamado específico y que se hace para negar el interdicto de retener — al comediador, lo que se aduzca en lo que sigue, ha de comprenderse — también dirigido en contra del mismo. De primer momento la objeción — que se hace, de que el interdicto de retener entre comediadores no podría tener lugar porque ello plantearía un problema de derecho, que co — mo tal no tiene cabida en dicha acción posesoria, aparentemente es con — sistente, pues, en verdad, al estar autorizado por el artículo 394 del Código Civil para aprovecharse de la cosa, podría incurrir en excesos calificables nada más de lesiones de derecho y no de hecho. Sin embar — go, aunque no negamos que tales excesos de derecho puedan producirse y en consecuencia no habría lugar a la acción interdictal, ello no se — presenta como necesariamente excluyente de que a la vez, también tales actos, no puedan tornarse lesivos a la posesión de otro comediador. El artículo 394 último citado, después de autorizar al comediador a hacer uso de la cosa común, a la vez dispone que el comediador debe de hacer — lo no sólo respetando el destino para el que está hecha la cosa, sino — que también debe de hacerlo sin perjudicar el interés de la comunidad, ni impedir que los comediadores usen de la cosa según el derecho que — cada uno tenga. Ello indica ya una prohibición al actuar, fuera de sus límites, del comediador, pues si su aprovechamiento de la cosa debe de serlo dentro del marco, que su derecho le autorice, el hacerlo fuera — de ellos, está invadiendo de hecho la posesión que los demás tienen en la cosa. Sin embargo, cómo determinar cuándo una actuación del comedia

dor, se convierte verdaderamente en una lesión a la posesión de los demás? En principio, habría que contestar con Colin y Capitant (174) que existe lesión, cuando la perturbación envuelve una pretensión jurídica que lleve implícita o expresamente el sello de negar la posesión del comediador perturbado y atribuirse esa posesión para sí. Claro que se replicaría con cierta razón, que, como tal valoración es del orden jurisdiccional, fácticamente podría continuarse argumentando, que la mencionada actuación lo es como respuesta al derecho conferido y que no envuelve una lesión de hecho a la posesión de los demás. En el intento de descifrar cuál es el límite en donde tales actos de lo puramente de derecho saltan a lo fáctico, se ha creado una teoría, por la que ficticiamente se han asignado cuotas de hecho a cada poseedor, indicando con ello el ámbito de hecho, real y verdaderamente, en que el comediador ejerce la posesión que tiene y de ellas se dice que "la cuestión se halla ligada a la naturaleza que reconocamos en las cuotas de coposesión. Si nos atenemos a las que por derecho corresponden, como quiera que la extralimitación del uso debe de comprobarse con relación a tales cuotas, sería obligada una indagación y resolución sobre el título de cotitularidad que excede la función del juicio posesorio. Pero si entendemos por cuotas de coposesión las que de hecho se establecen con la actuación posesoria, cabe utilizar interdictos para mantenerlas ante perturbaciones y extralimitaciones de uso, pues su comprobación no excede los límites del juicio de interdicto" (175).

(174) Ver supra página 295, Nota nº 49.

(175) Martín Pérez, ob. cit., ps. 81-82.

Esas cuotas de hecho, que en cierta medida tienen su respuesta en el artículo 450 del Código civil, pues en éste se dispone que el coposeedor, "se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión" para el criterio de algunos viene a constituirse en "la verdadera - piedra de roseta para determinar cuándo la conducta de un coposeedor es perturbatoria de la normal actividad desarrollada por los otros - coposeedores" (176). Sin negar el valor existente en las mencionadas cuotas de hecho como criterio de distinción entre las actuaciones - de derecho y perturbaciones de hecho, creemos más bien, que es de la propia definición de lo que significa la posesión del coposeedor que se extrae del propio artículo 445 ya citado, de donde ha de surgir - en definitiva el criterio clave para determinar fundadamente la solución al problema planteado.- c) Con lo expuesto hasta el momento, al igual que parte de la más autorizada doctrina española (177), nos inclinamos por considerar la factibilidad de los interdictos entre comediadores, como una respuesta a la protección que demanda la posesión por éstos sustentada. No creemos, con Pérez González y Alguer - (178), que el criterio a seguir lo sea el basado en los acuerdos de la mayoría según así lo dispone el artículo 398 del Código civil, - porque, aunque los mismos sirvan efectivamente para informar la conducta de cada comediador en el ejercicio de su posesión; además de - que a su vez tales acuerdos tienen una marcada tendencia a preesta-

(176) Certad, ob. cit., p. 151.

(177) Ver notas esta sección de la nº 159 a 165, excepto la nº 162, p. 514 .

(178) Ob. cit. p. 124.

blecer derechos de actuación y no actuaciones actuales de hecho, los mismos serían insuficientes para preveer una actuación de hecho, que como tal, puede surgir intempestivamente de circunstancias múltiples que solamente en el plano fáctico pueden apreciarse y valorarse si son o no actuaciones autorizadas o no, o si lo son lesivas o no de la posesión de los demás. Respecto al criterio de las cuotas de hecho, aparte de ser un auxiliar valioso en la distinción buscada, como ya se indicó y pese a tener un marcado matiz de ficción jurídica (aparentemente fundada en el artículo 450 del C.c.), debido a que hasta que no se haga la división o partición de la posesión, a priori no se podría establecer ningún género de división en la posesión que cada uno ejerce porque el artículo 445 lo impide rotundamente, nos parece, que convencional y aparentemente contiene en sí una limitación a la posesión de cada comediador en el todo, porque, aunque, por otro lado se afirme que dichas cuotas, "no son la medida de la posesión que se extiende para cada poseedor a la cosa entera, pero -- si de la limitación o concurrencia que los demás poseedores oponen a su ejercicio" (179), es indudable, que por vía indirecta, se está reduciendo el campo de actuación del comediador en la posesión del todo. Y aunque hemos afirmado que "posesión" y "ejercicio" son dos conceptos separados, distintos y que reflejan una significación de contenido diversa, es indudable que el poder en que la posesión consiste se canaliza, refleja y manifiesta en actos y ejercicios del contenido de aquel poder; y si se admite que la expresión o ejercicio de ese poder posesorio, encuentra limitaciones en su manifestación externa efectuadas por las actuaciones o ejercicio de los demás come--

(179) Martín Pérez, Ob. cit., p. 80.

diadores, por ese conducto que lo es indirecto, se está reduciendo - el poder de hecho que el comediador tiene, a tenor del artículo 445 ya citado. El concepto "ejercicio", si bien no es poder posesorio en sí, es expresión de poder y de actuación, y en cuestiones posesorias si bien ha de presuponerse siempre un poder preestablecido de donde emanen tales actuaciones, éstas son las que tienen un valor mensurable en el plano fáctico, que es en definitiva de donde puede desprenderse positivamente, el grado de extensión que aquel poder tiene. - Por esas razones, el fundamento de las cuotas de hecho, tenue y sutilmente supone, una restricción al poder en que consiste la posesión - que cada comediador tiene en la cosa por disposición del numeral último citado. Pero, de qué manera entonces ha de imaginarse la posesión del comediador y por consiguiente determinar, cuándo sus actuaciones son expresión del poder posesorio que tiene, o por el contrario, reflejan inquietación o perturbación de la posesión de los demás copartícipes? No pretendemos una respuesta completa a tan arduo problema, aunque asentimos que el descifrarlo en sus íntimas conexiones, tiene su indisoluble ligazón con lo que sea y representa la co-mediación o coposesión en sí. Pero, para tratar de responder, siquiera en parte a la problemática que nos hemos planteado, hemos de partir del artículo 445 citado. En él encontramos contenida una verdadera contradicción en el seno íntimo de la norma, al crear sobre una misma posesión, posesiones individuales, absolutas y exclusivas, coexistentes en un mismo plano posesorio y actualmente. Si la figura de la coposesión ha sido concebida así (contradictoria y antitética en su propia esencia), para su definición y estudio, nos parece, no es

posible desligarse ni soslayar con ficciones jurídicas, lo que es y -
representa ya de por sí la figura. Ha de partirse de la contradicción
que encierra y que legislativamente se le ha conferido, por medio de -
la que coposeedor o comediador, no obstante poseer de hecho actual y
totalmente la cosa, coexiste en el mismo grado posesorio con otros co
poseedores idénticos a él (independientemente de la cuota de derecho
que tengan para aprovecharse de la cosa), o sea, que a la vez que una
posesión es exclusiva sobre una misma cosa, lo es también parte de -
una múltiple que tiene otros sujetos en la misma cosa. De esa manera,
se debe entender que cada comediador tiene la posesión de la cosa en
forma exclusiva y que, como tal, su poder de posesión abarca toda la
cosa, pero, como a la vez convergen sobre la misma cosa otros poderes
absolutos e iguales de otros tantos individuos y en esto radica la -
contradicción íntima de la figura, debe concluirse que la posesión to
tal de la cosa desde ese ángulo, no está formada por el poder de cada
uno, sino por el que representa el conjunto de ellos, engarzados bajo
un solo poder que representa la coposesión institucional. Ahora bien,
si puede ser así desde la perspectiva de la cosa, es lo cierto que so
bre ella se encuentran los sujetos que hacen recaer ese poder poseso-
rio exclusivo y que, debido a ello, a manera de monedas, ocupan un lu
gar en el espacio que la cosa ofrece, lo que impone necesariamente -
una delimitación material (y no propiamente de hecho, según parece) -
del corpus de la cosa, que no debe confundirse con el poder de hecho
en que consiste la posesión que tiene sobre la totalidad de la cosa.
Ahora bien, como existe contradicción entre el poder total que repre-
senta la posesión exclusiva de cada comediador y el lugar o espacio ma
terial que ocupa en la cosa, ha de formarse entre los sujetos coparti

cipes una convención (o puede no formarse, según la índole de la cosa - pues imagínese la coposesión de una finca ganadera en donde - pastan una cantidad determinada de cabezas pertenecientes por iguales partes a los coparticipes - en cuyo caso parece ser innecesaria una delimitación material), por la que se designe determinado lugar a cada comediador. Esa circunstancia a nuestro entender, no puede - calificar bajo ningún aspecto, la posesión que continúa teniendo el comediador en la cosa y si la misma se presenta, lo sería para situar la posesión que él puede tener y ejercitar sobre cosas de índole particular, en donde los otros comediadores no tienen participación. De tal manera, que si se da una delimitación espacial en la cosa, para que cada comediador se sitúe en la cosa, no implica, ni renuncia ni menoscabo al poder posesorio que sobre el todo sigue - manteniendo. De ahí que el artículo 394 del Código civil autoriza - al comediador a servirse de las cosas comunes, en iguales proporciones que los demás coparticipes, pues en ellas donde radica la posesión que tiene sobre el todo. Pero, como a la vez, el propio espacio material que ocupa es parte del todo, también resulta ser poseído no sólo por él, sino por los restantes comediadores y debido a ello, no podría impedir que éstos puedan también ejercer su señorío, pues el artículo último citado se lo impide. Qué resulta ser el espacio-material (ó cuota de hecho en palabras de Martín Pérez) ocupado por - el comediador? A nuestro juicio, una mera convención, relativa y superficial, que por tal razón, no puede erigirse, no sólo en patrón de la verdadera posesión del comediador, sino que también, ser "la piedra de roseta" para determinar objetivamente lo que pueda ser - la perturbación o inquietación de la posesión que sustenta cada co-

mediador, aunque como se ha dicho, conserva un valor de referencia -
cuantificable como un elemento más a la determinación última de la -
perturbación o inquietación en la posesión del comediador. Y si ello
es así, cuál resulta ser entonces en definitiva la guía objetiva, sus
tancial y cualificable para determinar fácticamente cuando existe -
perturbación en la posesión de un comediador? Nos parece que la res-
puesta no puede buscarse a otro nivel, que no sea el proporcionado -
por la relación que se desprende de los artículos 394 y 445 del Códi
go civil y tal vez por esa razón, no sólo se ve simplista la solución
sino que podría hasta resultar del todo inaceptable. Pero, si por la
segunda norma citada se proporciona poder posesorio total sobre una
cosa a un comediador y por la primera, se le impone la manera en que
debe de ejercerlo (aunque el término "servirse" sea un tanto más res
tringido que el de "ejercer", ha de convenirse, que, además de no re
sultar excluido ni incompatible, si encierra gran parte de lo que por
ejercer actos posesorios, se comprende dentro del que tiene la pose-
sión de una cosa), desde el momento en que en las cosas comunes el -
comediador efectúe actos, que excluyan a los demás, con la pretensión
de arrogarse el el poder absoluto sobre las mismas, ahí habrá pertur-
bación en la posesión de los demás comediadores. De esa forma, todo -
acto posesorio de un comediador que implique impedimento, obstrucción
y limitación en el tener y ejercer la posesión de los demás sobre las
cosas comunes, que denote a la vez una pretensión de exclusividad de
tales facultades para sí, ha de calificarse como una inquietación o -
perturbación a la posesión de los demás. De esa manera, nos lo deja -
entender Vallet de Goytisolo, cuando al fundamentar la interposición
de los interdictos contra terceros diciendo que los coposeedores, en
razón de su derecho están investidos de solidaridad contra el extra-

No, es lo cierto que no habiéndose determinado cuotas co-posesorias de clase alguna por cuya razón poseen el todo, en los mismos términos han de admitirse los interdictos entre coposeedores, bajo el fundamento de que siendo cada co-poseedor poseedor del todo simultáneamente con los demás, se le debe de otorgar el poder de impedir - que cualquiera de ellos pretenda tener la posesión exclusiva de la cosa (180).

(180) La Concurrencia de varias Posesiones..., Ob. cit., p. 579.

CONCLUSIONES

- 1º) Que la posesión definida por el artículo 430 del Código civil como posesión natural, se constituye como un verdadero poder o señorío de hecho, que se manifiesta en el tener una cosa ó en el disfrute de un derecho, lo que significa que el sujeto, por el hecho de tener y ejercer este poder, lo único que requiere para que surja la posesión del objeto es el querer tenerla bajo su dominación sin pretender atribuírsela bajo ningún concepto, matización cualificadora ésta, que es la que define a la posesión civil contenida en la mencionada norma. De manera que en esa forma una cosa puede ser poseída por un sujeto con posesión natural y por otro con posesión civil, pues, mientras el primero ejercerá la dominación de hecho en que consiste la posesión directa e inmediatamente sobre la cosa, el segundo lo hará de igual forma pero en el derecho que tenga sobre ó en la cosa.
- 2º) Que para la formación de la institución denominada mediación posesoria, es indispensable la existencia de un sujeto que posea una cosa o un derecho como propietario o dueño de la misma y que la entregue a un segundo sujeto para que la tenga, por lo que éste al interponerse entre el primero y la cosa, realiza una función de mediación.
- 3º) Que para el nacimiento de la mediación posesoria se requiere de una relación jurídica, por medio de la cual el mediador posesorio obtiene la cosa, proveniente la misma ya de un conve--

nio o por disposición de la Ley.

- 4º) Constituyéndose de esa forma la mediación posesoria como una suc
esión jurídica singular, el mediador posesorio además de recibir --
la cosa adquiere un derecho en la misma, de conformidad con la re-
lación jurídica establecida, lo que, a su vez, condiciona que el
propietario o dueño retenga a su haber el derecho por el que pre-
viamente tenía la cosa, poseyendo aquél y manteniendo su relación
con la cosa por medio de dicho derecho y a través del mediador po-
sesorio.
- 5º) Que al obtener la cosa por intermedio del derecho adquirido en la
relación jurídica, el mediador posesorio la tiene para sí pero en
concepto distinto del de dueño, o sea, con posesión natural.
- 6º) Que poseyendo la cosa de forma natural, el mediador implícita y -
expresamente reconoce que la misma pertenece a otro sujeto, mien-
tras que el derecho adquirido por medio de la relación jurídica,
lo tiene con posesión civil, o sea, como perteneciéndole a él.
- 7º) Que la forma espacial en que se sitúan el sujeto que primeramente
tiene la cosa y el que posteriormente la recibe, con terminología
alemana, han sido denominados como poseedor mediato el primero y
mediador posesorio o subposeedor el segundo.
- 8º) Estructurada en esa forma la mediación posesoria, si bien el po-
seedor mediato no tiene un contacto directo con la cosa, debido a
que ésta se encuentra en poder del mediador posesorio, no obstan-
te, como su posesión inmediata del derecho que tiene consiste en
actuaciones de hecho y disfrute del contenido de éste, indirecta--

mente y sin ninguna ficción jurídica mantiene relación con la cosa aunque con la limitación de la posesión que aquél tiene sobre la misma.

- 9º) Que la posesión mediata consiste en la posesión del derecho que se ha reservado dicho poseedor y no en la espiritualización, ni en la ficción del señorío de hecho sobre la cosa.
- 10º) Que el derecho adquirido por el mediador posesorio es de carácter derivado y, en consecuencia, limitado únicamente a la conservación y disfrute de la cosa, lo que lo condiciona como dependiente y no-autónomo del derecho de donde trae causa.
- 11º) En vista de que el mediador posee la cosa reconociendo que le pertenece a otro, éste tiene a su favor una pretensión de entrega o devolución de la cosa en contra del primero, nacida de la específica relación jurídica que ha dado origen a la mediación posesoria de que se trate, en el supuesto de que aquél no le entregue la cosa cuando deba de hacerlo.
- 12º) Que la pretensión de entrega por originarse en la específica relación jurídica de mediación posesoria, se diferencia de la acción reivindicatoria, porque naciendo ésta directamente de la cosa como un derecho real y, en consecuencia, oponible erga omnes, la primera se constituye como un derecho de obligación solamente ejercitable dentro de los límites de la relación jurídica que la originó.
- 13º) Que el mediador posesorio se constituye como tal, o sea, que realiza una posición real y verdadera de intermediario entre el

poseedor mediato y la cosa, porque a la vez es verdadero poseedor de ésta de manera sustantiva, con propio poder o señorío de hecho sobre la misma, lo que evita que se convierta en un instrumento o medio por el cual el poseedor mediato posea de hecho directamente la cosa y de esa manera solamente, es que puede operarse jurídicamente la mediación posesoria.

14º) Que el fundamento jurídico-legal de la mediación posesoria viene dado por el artículo 432 del Código Civil, por medio del cual, es tableciéndose en primer lugar una clasificación de los modos en que puede tenerse una cosa o un derecho, o sea, como dueño o tenedor (entendiéndose comprendido en el primero la suma total de poderes jurídicos que pueden tenerse sobre una cosa y por el segundo el de conservar y disfrutar la cosa), en segundo lugar, ha de comprenderse que la concurrencia de ambas posesiones sobre la misma cosa, opera, mediante el desmembramiento que se realiza de algunos poderes contenidos en la posesión del primero (conservar y disfrutar), y que entrega al segundo; entrega y enlace que se efectúa a través del reconocimiento que éste hace de la pertenencia a aquél de la cosa o derecho poseído, que tiene su fiel expresión por medio de la relación jurídica de mediación posesoria de que se trate.

15º) Que la mediación posesoria se efectúa concreta y plenamente, a través de que siendo el mediador posesorio verdadero poseedor, a su vez ejerce actos posesorios de conservación y disfrute de la cosa, que le están vedados realizar en esa dimensión al poseedor mediato, porque las facultades en que consisten los mismos, le -

han sido entregadas al mediador posesorio al crearse un derecho a su favor para tener la cosa, pues en la medida en que el poseedor mediató restringe su derecho, en esa medida es que se desenvuelve el derecho del mediador.

- 16º) Que la mediación posesoria siendo un caso de posesión de derecho adquirida derivativamente, tiene lugar su inicio plenamente, cuando, presupuesta la posesión de la cosa en el poseedor mediató (tradens), al entrar en vigencia la relación jurídica de que se trate, éste hace entrega o deja a disposición la cosa del mediador posesorio (accipiens), para que a su vez la ocupe e inicie el señorío de hecho sobre la misma, momento en el cual empiezan a surtir todos los efectos que nacen de la mediación posesoria.
- 17º) Que la mediación posesoria se mantiene vigente: 1º) mientras el plazo fijado en el convenio o la disposición legal por la que se originó aquella no se cumpla; 2º) mientras persista en ambos poseedores (mediató y mediador) el animus de continuar la posesión sobre la cosa y el derecho, en la misma forma o condición convenida inicialmente; 3º) mientras no se presente una causa involuntaria que impida totalmente la posesión de hecho de la cosa o derecho objetos de la mediación.
- 18º) Que la mediación posesoria puede terminar por causas voluntarias o involuntarias, tanto desde la posición en que se sitúa el poseedor mediató, como desde la que sustenta el mediador posesorio, sin que ello implique por otro lado necesariamente, la extinción de la posesión general que uno u otro tenga en la cosa. Así sucedería cuando al finalizar la mediación posesoria por alguna cau-

sa no excluyente de la posesión del poseedor mediato, éste dejando de ser tal poseedor, pasaría a la posición de poseedor - inmediato de la cosa, O, a su vez, en el supuesto de abandono que la posición que tiene el poseedor mediato, el mediador posesorio dejándolo de ser, siempre y cuando otro sujeto con mejor derecho no venga a ocupar la posición abandonada por el - primero, empezaría necesariamente a poseer en concepto de dueño, mediante la interversión posesoria que de su título se - efectúa con carácter necesario como consecuencia del abandono.

19º) La pretensión de entrega es un poder nacido a favor del poseedor mediato, como consecuencia de la específica relación jurídica de mediación posesoria, por lo que la misma tiene la característica de ser un derecho personal u obligacional, válido y ejercitable únicamente entre los sujetos de la mencionada relación. Por esa razón, el fundamento de su existencia se encuentra, no como la consecuencia inversa generada por la entrega de la cosa al mediador posesorio, sino, por el carácter temporal y provisional con que se establece la mencionada relación jurídica de mediación, debido, a que como la cosa se entrega al mediador en calidad de no-dueño, ello implica que posteriormente ha de devolverla a quien le pertenece y en el caso de no hacerlo, actualizaría en el poseedor mediato dicho poder.

20º) Que ejercitada la pretensión de entrega por el poseedor mediato a quien corresponda, al atraer hacia sí la cosa que se encuentra en poder del mediador posesorio inferior, tiene la virtud de extinguir todas las posesiones que existan por debajo - éste.

- 21º) Que el poseedor mediato tiene el poder o derecho de obligar - al mediador posesorio a que conserve la cosa, entendido este concepto de la conservación, referido a la preservación de la sustancia o forma de la cosa a que ha sido destinada, bajo el presupuesto del principio "salva rerum substantia". Este principio debe ser entendido no de forma absoluta por el cualquier deterioro de la cosa debe recaer sobre la responsabilidad del mediador, sino, de la obligación en que se encuentra éste de devolver la cosa en las mismas condiciones en que la recibió, razón por la cual no son de su incumbencia los deterioros que normalmente se producen por el uso y disfrute normal de la cosa. Que el poseedor mediato puede dirigirse contra - cualquier poseedor de la cosa, aunque no manenga relación jurídica contractual, para exigir el cumplimiento de dicha obligación, bajo el supuesto de que siendo aquélla el objeto de incidencia de todos los derechos, el mencionado poder deviene - entonces de la misma y no de ninguna relación contractual.
- 22º) Que siendo la posesión del derecho que tiene el poseedor mediato, de hecho, puede ser perturbado en el ejercicio del mismo y en consecuencia, se encuentra legitimado para el uso de los interdictos, tanto contra terceros, como contra otros poseedores mediatos y aun, contra el mismo mediador posesorio.
- 23º) El poseedor mediato en concepto de dueño será el único en esa clase de posición, que puede usucapir el derecho respectivo, - pues aunque no tenga la cosa como lo exige el artículo 1940 del Código civil, siendo además poseedor del derecho, recibe de la

posesión que tiene el mediador posesorio los efectos necesarios para la usucapión, pues poseyendo éste como no-dueño, potencia únicamente a través de dichos efectos, que aquél tenga la cosa a través de su posesión.

- 24º) A excepción del pacto expreso que puedan efectuar poseedor mediato y mediador posesorio, corresponderán siempre al primero los frutos civiles que produzca la cosa, como una consecuencia de la entrega de ésta a otro sujeto, o sea, como una renta de justificación, siempre y cuando la Ley no prohíba expresamente la misma. En el caso de escalonamiento de posesiones mediatas, cada una recibirá lo pactado antes de la existencia del siguiente grado posesorio. En el supuesto de mala fe de alguno de ellos, los frutos que debían de corresponderle, los ha de recibir el poseedor mediato superior siguiente, bajo el fundamento de operarse una sustitución en la posición del poseedor de mala fe.
- 25º) Como principio general, es obligación del poseedor mediato el cubrir los gastos de conservación de la cosa, provenientes de los deterioros que normalmente se produzcan en ella, debido a la obligación en que se encuentra de mantener la cosa en condiciones óptimas para que sea poseída según su destino. Pero además es obligación de su parte el cubrir dichos gastos, como consecuencia del concepto en que se basa la renta de sustitución y según así puede desprenderse de los artículos 453, - 455 y 457 del Código civil.
- 26º) Que el mediador posesorio, como consecuencia del derecho adqui

rido en la relación de mediación posesoria convenida, tiene - el poder de exigir del poseedor mediato la entrega de la cosa para iniciar su posesión. Como dicho poder emana de la relación jurídica específica de mediación, en el supuesto de que la cosa se encuentre en poder de un tercero, sólo podrá exigir del poseedor mediato gestione ante aquél, le haga entrega de la misma.

- 27º) Una vez obtenida la cosa, el mediador posesorio inicia su posesión que le confiere el señorearla y dominarla, a fin de - ejercer sobre la misma la conservación y el disfrute señalados por el artículo 432 del Código civil. El conservar la cosa por el mediador posesorio, no sólo constituye el preservar su sustancia y forma, sino el constituirse como un poder para exigir del poseedor mediato, realice las operaciones en la cosa producidas por el uso normal que haga de ella. Por el disfrute, el mediador posesorio tiene el poder de usarla y aprovechar los frutos de conformidad con el derecho derivado adquirido.
- 28º) Como al constituirse la relación de mediación posesoria entre el poseedor mediato y mediador posesorio, lo es para que éste conserve y disfrute de la cosa a tenor del artículo 432 citado y siendo el derecho obtenido por el segundo, derivado, limitado y de menor resistencia que el del primero, en aquellos supuestos en que su derecho no le permita conservar y mantener la posesión adquirida, tiene el poder de exigir de su causante (el poseedor mediato), el que lo mantenga en la posición -

obtenida al inicio de la relación jurídica. Tal poder también ha de fundamentarse por el acto de entrega de la cosa que con tiene en sí mismo, la aceptación del poseedor mediato de la - permanencia en el tiempo de dicha relación jurídica, que se - ha iniciado plenamente cuando el mediador posesorio empieza a poseer aquélla.

- 29º) Siendo poseedor el mediador posesorio, estará legitimado para interponer el interdicto correspondiente, contra cualquier per turbación, inquietación o despojo, que un tercero o el poseedor mediato de quien trae causa, le infrinjan en la posesión de hecho que disfruta.
- 30º) No obstante encontrarse dentro de la clasificación de media-dor posesorio el usufructuario, quien posee un derecho real y por cuya razón a tenor del artículo 1930 del Código civil podría usucapirlo, al situarse en la situación de mediador posesorio, se le veda tal posibilidad porque su posesión en tal - sentido, no lo es en concepto de dueño como lo exige el artículo 1941 ibídem, sino que lo es con un derecho derivado y en concepto distinto del de dueño.
- 31º) Como consecuencia de la índole de la posesión que disfruta el mediador posesorio, presupuesta su buena fe, tiene derecho a aprovechar los frutos naturales e industriales que la cosa produzca, siempre y cuando no se haya pactado otra cosa.
- 32º) La circunstancia de constituirse la mediación posesoria a través de un derecho derivado a favor del mediador, condiciona -

como se dijo, que el poseedor mediato deba de mantenerlo en la posesión adquirida y una de las formas de realizar tal obligación, es precisamente el de cubrir los gastos ocasionados por los deterioros sufridos por la cosa. Ello origina a favor del mediador posesorio el poder exigir del poseedor mediato cubra de su peculio los mismos. Sin embargo, no tendrá ningún derecho a su favor, si los deterioros causados - lo han sido por él como provenientes de actuaciones dolosas culposas o negligentes, así como aquéllos que tengan origen en la producción de los frutos que él aprovecha.

- 33º) Que bajo el fundamento del artículo 432 del Código civil, es posible desprender entre poseedor mediato y mediador posesorio, la existencia de relaciones recíprocas, de intercambio de obligaciones y derechos y, en suma, de una compatible - concurrencia de ambas posesiones sobre la misma cosa.
- 34º) Que el ámbito de actividad posesoria que el mediador posesorio efectúe, tanto en su relación con la cosa como con el - poseedor mediato, se encuentra delimitada por el derecho de rívado obtenido en la relación jurídica de mediación establecida, pero, entendiéndose contenido en el mismo únicamente las facultades de conservar y disfrutar la cosa, conjunta o separadamente; lo que impone en su determinación efectiva, el tener que realizar un análisis inductivo de las facultades contenidas en el derecho del mediador posesorio, para lograr delimitar claramente el campo de acción de ambas posesiones.

- 35º) Que en razón del contenido del derecho que el mediador posesorio tiene, se ve imposibilitado para poder usar de los interdictos en defensa de la posesión total, que junto con él, tienen otros poseedores mediatos en la cosa. Que el único - con poder suficiente para dicha defensa, es el poseedor mediano en concepto de dueño o propietario, quienes disponiendo de un haz de derechos que cubren totalmente la dimensión posesoria de la cosa, pueden defenderse no sólo de un ataque a su propia posesión, sino a la que se haga a cualquier subposeedor, pues siéndolo a éstos, lo será siempre necesariamente por repercusión, en la posesión del mencionado poseedor.
- 36º) Que según una interpretación integradora de los artículos - 441 y 460, 4º, del Código Civil, es posible fundamentar en ellos válidamente, la autodefensa de la posesión en su vertiente de resistencia o rechazo por la fuerza, a la fuerza o violencia que externamente se ejerza en la desposesión. En consecuencia, tanto el poseedor mediano como el mediador posesorio, se encuentran autorizados para defender la posesión de la cosa y el derecho poseídos, mediante el empleo de la resistencia o rechazo por la fuerza a la que externamente se ejecute para desposeerlos. No obstante, ha de mantenerse la prohibición al ejercicio de la autodefensa, por la vía de la recuperación de la cosa, una vez consumada la desposesión.
- 37º) Entendida la Acción Publiciana como aquella existente para - defender el mejor derecho de poseer y aunque resulta discuti

da su existencia en la doctrina, estimamos, que bien puede admitirse su ejercicio en aquellos casos en que el poseedor lo hace en concepto de dueño. Desde la perspectiva de la mediación posesoria estará legitimado para su actuación únicamente el poseedor mediato que lo haga en concepto de dueño, o el que siendo propietario, dificultándosele la prueba de su título, pueda recurrir al mejor derecho de posesión adquirido.

38º) En la imposibilidad de transmitir el hecho de posesión del causante por vía mortis causa, la posesión civilísima resulta ser una posesión creada por ministerio de la Ley en favor del heredero, a partir del momento en que éste sustituye al causante en la posición jurídica que el de cuius tenía. Que el mencionado momento se opera a partir de que el heredero acepte la herencia, retrotrayéndose los efectos de la misma ipso iure, desde el momento mismo del fallecimiento del causante.

39º) Que la transmisión ipso iure que se opera por el artículo - 440 del Código civil a favor del heredero, es la posición jurídica que el causante tenía en vida y no de la posesión que de hecho tenía y ejercía éste, razón por la cual dicha transmisión debe de calificarse como una ficción jurídica, - mientras que la posesión por ministerio de Ley obtenida por el primero, es una posesión real, verdadera y efectiva que debe ser calificada como una posesión de derecho.

40º) Que lo único transmitido por vía mortis causa de la pose—

señón que el de cuius disfrutaba, al heredero, son los efectos que su posesión de hecho producía, razón por la cual éste puede aprovecharse de los mismos, haciéndolos efectivos a situaciones jurídicas y de hecho producidas antes de erigirse en poseedor civilísimo o, uniéndolos a los efectos que la posesión disfrutada por él produce.

41º) Que la posesión civilísima se asemeja a la que se tiene en la mediación posesoria, desde la posición del mediador posesorio, porque la posesión que obtiene sobre los bienes hereditarios - en el supuesto de que no encuentren poseídos por nadie, es de carácter inmediato y con un derecho derivado contenido en los derechos que recibe. Con el poseedor mediató, porque la posesión adquirida por el poseedor civilísimo es una de derecho al provenirle directamente de la Ley.

42º) Que la posesión incorporal del despojado ha de ser calificada como un hecho jurídico, compuesto de dos facetas indisolublemente unidas entre sí, que no pueden comprenderse en la realidad una sin la otra, explicables solamente dividiéndolas teóricamente, por donde una representa el aspecto de hecho de la posesión de hecho tenida anteriormente a través de una irradiación fáctica posesoria y la otra se constituye, como un poder jurídico por el que se pueden aprovechar los efectos que la posesión produce (interdictos, usucapión, etc.), poder, que bien puede ser denominado como un derecho, o sea, que la esencia de esta faceta de la posesión incorporal, es un derecho.

43º) Que la posesión incorporal se asemeja con la mediación poseso-

ria, con la que disfruta el poseedor mediato, porque ambas se presentan como posesiones de derecho, generando la primera como fundamental efecto el de recobrar la cosa, mientras que la segunda, aparte de la serie de efectos que produce, tiene a - su haber el derecho de la pretensión de entrega en contra del mediador posesorio, que se diferencia con el poder de recuperación de la posesión incorporal, en que el mismo se origina en la específica relación jurídica de mediación posesoria, al tanto que la del primero le deviene de la posesión que sustenta. Con la que tiene el mediador posesorio, porque ambas se - encuentran situadas en un mismo plano, nivel o grado posesorio en relación con la cosa, aunque difieren porque la posesión de uno es corporal y la otra incorporal, debido a que la que sustenta el mediador posesorio tiene carácter voluntario, mien- tras que la del segundo lo es de índole involuntaria.

44º) Que el servidor de la posesión se constituye como un auxiliar de la posesión, mediante una relación obligacional pactada con el poseedor de la cosa, por medio de la cual el primero entra en contacto con las cosas objeto de la posesión de éste, autorizándosele para que efectúe una determinada actividad sobre dichas cosas, de conformidad con la índole de la relación jurídica pactada.

45º) Que la relación jurídica instituida entre el servidor de la posesión y el poseedor de la cosa, lo es bajo el signo de la subordinación y cumplimiento de las órdenes a que se encuentra - obligado el primero con el segundo, razón por la cual caracte-

riza la actividad del primero sobre las cosas, no como una po
sesión efectiva, sino como el cumplimiento de actos materia--
les de ejecución, de las órdenes recibidas del poseedor.

- 46º) En el sentido apuntado, la actividad del mediador posesorio, -
tiene características de económica, no porque el interés en la
ejecución de la misma provenga como un aprovechamiento direc-
to de la cosa, sino que el mismo nace de la relación obligacio
nal convenida, por donde el servidor posesorio debe conservar
y custodiar las cosas confiadas a su actividad.
- 47º) Que no constituyéndose en posesión real y efectiva la activi-
dad desempeñada por el servidor posesorio, éste no tiene acues
o a la interposición de los interdictos en protección de la
cosa, aunque puede ejercer a tenor del artículo 1652 de la Ley
de Enjuiciamiento civil, la autoprotección o autodefensa de -
las cosas objeto de la posesión a él confiadas.
- 48º) No obstante no existir en el ordenamiento jurídico español -
una norma expresa que defina la figura del servidor posesorio
es posible encontrarle un fundamento legal en el artículo 431
del Código Civil, pues es indudable que además de que dicha -
figura tiene existencia en la realidad, la actividad por él -
ejercida, concuerda con la desempeñada por la figura definida
en la norma citada, como aquél que ejerce actos posesorios -
por otro.
- 49º) Que entre el mediador posesorio y el servidor posesorio exis-
te la semejanza, de que además de que ambos surgen a la vida

jurídica a partir de una relación jurídica de carácter obligacional, se sitúan en un mismo nivel de inmediatividad en relación con la cosa, por lo que el segundo en determinadas posiciones, puede generar una aparente posición de mediador posesorio.

50º) No obstante, tales semejanzas, ambas figuras se diferencian sustancialmente en que, siendo el mediador posesorio un verdadero poseedor, su relación con la cosa lo es desde el punto de vista posesorio, como el caracterizado por el poder que solamente concede la posesión, o sea, como el tener y ejercer un verdadero señorío o dominación de hecho sobre la cosa; mientras que el servidor de la posesión por carecer del poder en que consiste la posesión, su relación con la cosa lo es a nivel del cumplimiento de actos materiales de ejecución de las órdenes impartidas por el poseedor, por lo que su situación respecto a la cosa lo es, únicamente, a nivel de conservar y custodiar la misma como contenido económico de la actividad que realiza derivada de la relación obligacional convenida. Por esas razones, el mediador posesorio concurre en la posesión de la cosa, en un plano de igual con el poseedor mediato, mientras que el servidor posesorio al ejecutar actos materiales en la cosa, su relación con el poseedor lo es caracterizada por la obediencia y la subordinación al cumplimiento de las órdenes impartidas por el poseedor.

51º) Que la comediación posesoria es un caso de coposesión con las características de una comunidad absoluta, lo que permite que -

puedan establecerse relaciones recíprocas, tanto entre comedia
dores, como entre éstos y el poseedor mediato, sea éste indivi
dual o se encuentre organizado también en forma de coposesión.

- 52º) Cada comediador posee de hecho la cosa en su totalidad, admi—
tiendo que otros posean igual a él. Se relacionan entre sí se—
gún el convenio entre ellos pactado o, en defecto de éste, se
regirán por lo dispuesto en el artículo 393 del Código civil.
El grado de relación mensurable entre los comediadores, estará
cuantificado de conformidad con la cuota de derecho obtenida -
por cada uno.
- 53º) Los comediadores se relacionan con el poseedor mediato a tra—
vés de dos vías: una, desde el punto de vista de hecho de la -
posesión que cada uno sustenta en la totalidad de la cosa. Y -
otra, desde el nivel jurídico, por medio del convenio existen—
te entre ambas partes, figurando los comediadores en este pla—
no en forma conjunta como una persona jurídica.
- 54º) La comediación por ser un caso de coposesión, encuentra eficaz
protección en las acciones posesorias, encontrándose legitima—
dos para su interposición contra terceros, tanto, cada uno de
ellos individualmente considerados, como el conjunto de sus -
miembros, debido a que todos son poseedores.
- 55º) Que debe reconocer la acción interdictal de recobrar a favor -
de cada uno de los comediadores y en contra de cualquiera otro
que comparte su misma posición, pues de esa manera se estaría
evitando que el despojante pretenda la posesión exclusiva y to
tal de la cosa.

56º) Igualmente cada comediador está legitimado para interponer la acción interdictal de retener la posesión, contra cualquier inquietación o perturbación que otro comediador infrinja a su posesión, pues aunque ello pudiera confundirse con una actuación a las que su derecho le autoriza, esa circunstancia no excluye que bien pueda presentarse la perturbación. De esa manera el criterio objetivo en la determinación de la perturbación, ha de encontrarse en la pretensión que exteriorice el perturbante, caracterizada ésta por negar la posesión del comediador perturbado y arrogarse él en exclusividad, la posesión total de la cosa. En lo demás, la comediación debe de asimilarse a una de índole exclusiva, en lo referente a derechos, obligaciones y efectos que se produzcan entre mediador posesorio y posesión mediata.

B I B L I O G R A F I A

ALBALADEJO GARCIA, Manuel, Derecho Civil, Tomo III, Vol. I, Librería Bosch, Barcelona, 1974.

La Adquisición de la Herencia en el Derecho Español, Anuario Derecho civil, Enero-Marzo, 1.955.

La Representación, Anuario Derecho Civil, Julio-Septiembre, 1.958.

ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo, Acotaciones sobre los interdictos de re tener y re cobrar la posesión, Revista Derecho Privado, No viembre, 1.959.

Protección interdictal de la Coposición, Revista Derecho Privado, Mayo, 1.950.

ALVAREZ-LINERA URÍA, César, Notas sobre el precario y los interdictos. Revista Derecho Procesal, Nº 2, 1.961.

ALLENDE, Guillermo, La Posesión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959.

BARASSI, Ludovico, Instituciones de Derecho Civil, II, Bosch, Barcelona, 1955.

BARBERO, Domenico, Sistema del Derecho Privado, Tomo I, Edic. Ejea. Buenos Aires, 1.967.

BELTRAN DE HEREDIA, J., Usufructo sobre Usufructo en la Legislación Española, Revista Derecho Privado, Mayo-Junio, 1.941.

BELTRAN DE HEREDIA DE ONIS, Pablo, La Obligación de sanear en el arrendamiento, Revista Derecho Privado, Mayo, 1.964.

BERNAL SANCHEZ, Jesús A., Ambito de aplicación del derecho especial de arrendamientos urbanos, Anuario Derecho Civil, Oc
tubre-Diciembre, 1.956.

BONFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, 3ª Edic., Inst. -
Edit. Reus S.A., Madrid, 1965.

BONNECASSE, Julien, Elementos de Derecho Civil, Edit. José Mª. Ca-
jica, Puebla, México, 1945.

BONET RAMON, Francisco, Código Civil comentado, 2ª Edic., Madrid, -
1.964.

BLOCK, José Mª, Arrendamiento de Inmuebles, Revista Critica de Dere
cho Inmobiliario, Agosto-Septiembre, 1.948.

BRENES CORDOBA, Alberto, Tratado de los Bienes, Edit. Costa Rica, -
San José, 1.963.

BRUGI, Biaggio, Instituciones Derecho Civil, Uthea, México, 1.946.

CALAMANDREI, Piero, Instituciones Derecho Procesal Civil, Vol. II,
Ejea, Buenos Aires, 1.962.

CARBONIER, Jean, Derecho civil, Tomo II, Vol., Bosch, Barcelona, -
(sin fecha edición).

CASAS MARTINEZ, A., La Comunidad Arrendaticia, Revista Gral. de De
recho, Julio-Agosto, 1.956.

La Extinción del Derecho del Arrendador como Causa
de Terminación de los Contratos de Arrendamientos -
Urbanos, Revista Derecho Privado, 1.953.

CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil, Común y Foral, 10ª Edic., Ins.
Edit. Reus, S.A., Madrid, 1.971

GERRILLO QUILEZ, F., El Subarriendo de Locales de Negocio, Revista
Derecho Procesal, Noviembre-Diciembre, 1.951.

CERTAD, Leonardo, La Protección Posesoria, Pub. Fac.Der.Univ.Cent.
de Venezuela, Caracas, 1.964.

COLIN Y CAPITANT, Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Vol.
II, Inst. Edit. Reus, S.A., Madrid, 1.961.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, El Concepto de Interrupción Legal
de la Posesión del Artículo 451 del Código civil a
los efectos de la Percepción de Frutos, Revista de
Legislación y Jurisprudencia, Enero-Junio, 1.952.

CRISTOBAL MONTES, Angel, La Transmisión Hereditaria de la Posesión
en el Derecho Comparado, Revista Derecho Privado, -
Diciembre, 1.968.

DALMAU Y DE OLIVART, Ramón de (Marqués), La Posesión; Apuntes y -
Fragmentos de una Nueva Teoría Posesoria, Imprenta
de Jaime Jepús, Barcelona, 1.884.

DE BUEN, Demófilo, Anotaciones a Colin y Capitant, (Curso Elemen-
tal de Derecho Civil, Tomo II, Vol. II, Edit. Reus,
S.A., Madrid, 1.923).
Derecho Civil Español Común, 2ª Edic. Edit. Reus, S.A
Madrid, 1.930.

DE CASTRO, Federico, Cesión del Arrendamiento, Revista Legislación
y Jurisprudencia, Enero-Julio, 1.930.
El Ejercicio de los Derechos, Temas Derecho Civil,-
Rivadeneyra, S.A., Madrid, 1.976.

DE DIEGO, Clemente, Instituciones de Derecho Civil Español, Imprenta Juan Pueyo, Madrid, 1.929.

Sobre la Idea de la Posesión en el Jesuita Luis Molina, Revista Derecho Privado, 1.921.

DE LA PLAZA, Manuel, Derecho Procesal Civil Español, Vol. II, Editorial Revista Derecho Privado, 1.943.

DE DIEGO LORA, Carmelo, La Posesión y los Procesos Posesorios, Vols 1º y 2º, Edic. Rialp, S.A. Madrid, 1.962.

DELGADO ECHEVARRIA, Jesús, Adquisición y Restitución de Frutos por el Poseedor, Anuario Derecho Civil, Julio-Septiembre 1.975.

DE LOS MOZOS, José L., Tutela Interdictal de la Posesión, Edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1.962.

DIAZ GARCIA, José, La Posesión Aplicada, a las Obras Literarias, Revista Legislación y Jurisprudencia, Julio-Diciembre, — 1.948.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, 19ª, Madrid, 1.970.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis, Instituciones de Derecho Civil, Vol. II, Edit. Tecnos, Madrid, 1.974.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis y GULLON, Antonio, Sistema Derecho Civil, Vol. III, Edit. Tecnos, Madrid, 1.977.

DOMINGUEZ DE MOLINA, Joaquín, Protección Posesoria del Derecho — Arrendaticio, Revista Legislación y Jurisprudencia, Enero-Junio, 1.947.

DONDERIS TATAY, Luis, La Co-Propiedad, 1ª Edic. Reus, Madrid, 1.933.

DORAL, José Antonio, El Servidor de la Posesión, Estudios Der.Civ. en Hon. Prof. Castán Tobeñas, Tomo V, Edic. Univ. de Navarra, Pamplona, 1.969.

ESPIN CANOVAS, Diego, La Adquisición de la Posesión Inmaterial en el Derecho Español, Pub. Sem. Der. Civ. Univ. Salamanca, 1.965.

La Sucesión en la Posesión y la Unión de Posesiones - en la Usucapión, Revista Derecho Privado, Septiembre, 1.943.

Manuel de Derecho Civil Español, 4ª Edic. Edit.Rev. - Der. Priv., Madrid, 1.975.

ESTEVEZ, José Luis, Sobre la Esencia de la Posesión como Concepto Jurídico, Anuario Derecho Civil, Abril-Junio, 1.953.

FERRER MARTIN, Daniel, El Precario y el Juicio de Desahucio por Causa de Desahucio, Revista Derecho Privado, Abril, 1.952.

El Subarriendo y la Cesión de Arrendamiento, Diferente Trato Procesal de sus Titulares, Revista Derecho - Procesal, Enero-Marzo, 1.949.

FERRER VALES, José, La Posesión Inscrita y la Prescripción, Revista - Legislación y Jurisprudencia, Enero-Junio, 1.928.

FONT BOIX, Vicente, La Adquisición A Non Domino, Revista Crítica Derecho Inmobiliario, Noviembre-Diciembre, 1.967.

FUENTES PEREZ, Antonio, Coordinación del Artículo 464, con los 1.955 y 1.962, todos Código Civil, Revista Crítica Derecho

Inmobiliario, Julio-Agosto, 1.960.

FUENTES YSUNZA, José B., Usucapión contra Tábulas, Revista Legislación y Jurisprudencia, Enero-Junio, 1.950.

GARCIA CANTERO, Gabriel, Concepto de Frutos en el Código Civil Español Revista Derecho Notarial, Julio-Diciembre, 1.955.

GARCIA GARRIDO, Manuel, De la "Bonorum Possessio", a la Posesión Civilísima, Revista Derecho Notarial, Enero-Marzo, 1.967.

GARCIA VALDECASAS, Guillermo, La Acción Publiciana en Nuestro Derecho Vigente, Anuario Derecho Civil, Enero-Marzo, 1.948.

La Adquisición de la Herencia en el Derecho Español, - Revista Derecho Privado, Febrero, 1.944.

De Nuevo sobre la Adquisición de la Herencia, Revista Derecho Privado, Diciembre de 1.951.

La Comunidad Hereditaria, Revista Legislación y Jurisprudencia, Abril, 1.952.

La Doble Naturaleza de la Posesión, Anuario Derecho Civil, 1.954.

La Posesión, Universidad de Granada, 1.953.

La Posesión Incorporal del Despojado y la Posesión de Año, Revista Derecho Privado, Mayo-Junio, 1.946.

GIMENEZ ARNAU, Enrique, La Inscripción de la Posesión, Revista Legislación y Jurisprudencia, Enero-Junio, 1.944.

GIMENO GAMARRA, Rafael, La Posesión de las Cosas Arrendadas y su Defensa Interdictal, Revista Legislación y Jurisprudencia, - Enero-Junio, 1.946.

GINOT LLOBATERAS, Francisco, El Arrendamiento Otorgado por el Usufructuario, Anuario Derecho Civil, Octubre-Diciembre, 1956.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, Derecho Procesal Civil, Vol., 7ª Edic., Artes Gráficas, Madrid, 1.975.

GUASP DELGADO, Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomos I y II, 3ª Edic., Inst. Estd. Polit. Madrid, 1.968.

HEDEMAN, Justos, W., Tratado Derecho Civil, Vol. 2º. Edit. Rev. Der. - Priv., Madrid, 1.955.

HERNANDEZ GIL, Antonio, Algunos Problemas en torno a la Posesión, In— formación Jurídico nº 97, Junio, 1.951.

Dictámenes Iº, Suc. de Rivadeneyra SA, Madrid, 1.968.

El Giro de la Doctrina Española en torno al Artículo, 464 del Código Civil y una Posible Interpretación de - Privación Ilegal, Revista Derecho Privado, Junio, 1944.

De nuevo sobre el Artículo 464 del Código Civil, Revista Derecho Privado, Julio-Agosto, 1.945.

La Función Social de la Posesión, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 1.969.

Nuevas Perspectivas para la Interpretación del Artículo 464 del Código Civil (Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 29-11-76), Gráficas San Marcos, Madrid, 1.976.

IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, 6ª edición, Ediciones Ariel, Barcelona 1.972.

IGLESIAS CUBRIA, Manuel, De Nuevo sobre la Naturaleza Jurídica de la -

Posesión, Revista Derecho Privado, 1.949.

IHERING, Rodolfo Von, El Fundamento de la Protección Posesoria, Hijos Reus Editoriales, 2ª Edic., Madrid, 1.912.

La Voluntad en la Posesión, Imprenta Revista de Legislación, Madrid, 1.910.

JORS, P.-KUNKEL, W., Derecho Privado Romano, Editorial Labor, S.A., - Barcelona, 1.965.

JOSSELAND, Louis, Derecho Civil, Tomo I, Vol. III, Ejea, Buenos Aires 1.950.

LA CRUZ BERDEJO, José L., Contribución a una Pedagogía de la Posesión Est. Jur. Hon., Prof. Federico de Castro, Tomo II, Edit. Tecnos, Madrid, 1.976.

LATOUR BROTONS, Juan, El Precario, Revista Derecho Privado, Diciembre, 1.959.

LOPEZ JACOISTE, José Javier, El Arrendamiento Notariamente Gravoso Concertado por el Usufructuario, Anuario Derecho Civil, Octubre-Diciembre, 1.956.

MANRESA Y NAVARRO, José Mª, Comentarios al Código Civil Español, Reus, S.A., 7ª Edic., Madrid, 1.972.

MARIN PEREZ, Pascual, Sobre la Naturaleza Jurídica de la Posesión, Revista Legislación y Jurisprudencia, Julio, Diciembre, - 1.943.

MARTI Y MIRALLES, Juan, Spoliatus Ante Omnia Restituendus, Inst. Est. Tarraconenses "Ramón Berenguer IV", 1.972.

MARTIN PEREZ, Antonio, La Posesión, Editorial Noticiero, S.A., Zaragoza, 1.958.

MARTIN RETORTILLO, Cirilo, Concepto Moderno del Precario, Revista General De Derecho, Marzo, 1.962.

El Comodato en Nuestros Días, Anuario Derecho Civil, Octubre-Diciembre, 1.953.

Los Frutos según el Código Civil, Revista Derecho Privado, Octubre, 1.934.

Notas sobre el Concepto de Frutos, Revista Derecho - Privado, Marzo-Diciembre, 1.932.

MARTINEZ RADIO, Antonio de la Esperanza, El Problema de la Sucesión en la Posesión, Revista Derecho Español y Americano, nº 23, 1.960.

MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte II, - Vol. IV, Ejea, Buenos Aires, 1.960.

MELON INFANTE, Carlos, La Posesión de los Bienes Muebles Adquirida - de Buena Fe equivale al Título, Editorial Bosch, Barcelona, 1.957.

MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo III, - Ejea, Buenos Aires, 1.954.

MORALES MORENO, Antonio Ml., La Inscripción y el Justo título de Usucapión, Anuario Derecho Civil, Octubre-Diciembre, - 1.971.

Posesión y Usucapión, Gráficas Orbe, S.A., Madrid, - 1.972.

MORENO MOCHOLI, Miguel, Sobre la Naturaleza Jurídica del Derecho del -
Arrendatario, Revista Legislación y Jurisprudencia, Ene
ro-Junio, 1.948.

OLIVAR DAYDI, Jorge, El Precio en el Contrato de Arrendamiento de Fin-
cas Urbanas, Revista Jurídica de Cataluña, Septiembre-
Octubre, 1.945.

PEREZ ARDA, Enrique, Interdictos de Retener y Recobrar, Revista Legis-
lación y Jurisprudencia, Tomo nº 123, 1.923.

PEREZ GONZALEZ, Blas y ALGUER, José, Anotaciones al Derecho de cosas -
de Wolff, Tomo III, Vol. 1º, 3ª edic. Bosch, Barcelona
1.971.

PEREZ TEMPLADO, Interdicto de Recobrar, Puede interponerlo el Arrenda-
tario contra el Arrendador, Revista Derecho Procesal,
1.947.

PETIT, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Edit. Albatros, -
Buenos Aires, 1.975.

PLANIOL Y RIPERT, Tratado Práctico de Derecho civil, Tomo III, Edit. -
Cultural, La Habana, 1.945.

PLANS SANZ, José Mª. Subarriendo, Convivencia y Comunidad, Revista Le-
gislación y Jurisprudencia, Julio-Diciembre, 1.951.

PINTO RUIZ, José, La Resolución del Derecho del Arrendador y la Subsís-
tencia de los Arrendamientos Rústicos y Urbanos suje--
tos a la Legislación Especial, Revista Jurídica de Ca-
taluña, Abril-Junio, 1.965.

- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo, Derecho Procesal Civil, Vols.I y II, Edit. Rev.Der. Priv., 1.968.
Interdictos de Retener y Recobrar, Revista Derecho Privado, Abril-Junio, 1.945.
- PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho Civil, Tomo III, Vol. 1º, 2ª Edic., Bosch, Barcelona, 1.971.
- PUIG PEÑA, Federico, Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II, Edic. Nauta, Barcelona, 1.966.
- REYES MONTERREAL, José Mª, La Figura del Precario, Revista Legislación y Jurisprudencia, Julio-Diciembre, 1.965.
- RIERA SOLIS, Luis, Interdicto de Recobrar, Revista Legislación y Jurisprudencia, Agosto, 1.927.
- RIBS SARMIENTO, Juan, Interdictos de Retener o Recobrar, Revista Derecho Procesal, Marzo, 1.949.
- ROCA SASTRE, Ramón Mª, Derecho Hipotecario, Tomo I, 5ª Edic., Bosch, - Barcelona, 1.954.
La Adquisición Hereditaria de la Posesión, Revista Legislación y Jurisprudencia, Nº Extraord., 1.953.
- RODRIGUEZ-AGUILERA CONDE, C., y PERE RAHUY, José, La Acción Directa - del Arrendador contra el Subarrendatario en la Ley de Arrendamientos Urbanos, Revista Jurídica de Cataluña, Julio-Agosto, 1.958.
- RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN, Federico, El Interdicto de Recobrar y las Relaciones Arrendaticias, Revista Derecho Privado, 1.944.

La Posesión como objeto de los Interdictos de Retener y Recobrar, Revista Ley de Notariado, Centenario, Vol, II, Sección III, 1.962.

RUGGIERO, Roberto de, Instituciones de Derecho Civil, Tomo I, Inst.Ed. Reus S.A., Madrid, (sin fecha edición)

SABATER, Antonio, El Precario: Su concepto y Relaciones con el Arrendamiento y Acción Reivindicatoria, Revista Jurídica de Cataluña, Septiembre-Octubre, 1.958.

SANCHEZ ROMAN, Felipe, Estudios de Derecho Civil, Tomo III, Est. Tip. Suc. de Rivadeneyra, Madrid, 1.900.

SALEILLES, Raymundo, La Posesión, Librería Gral. Victoriano Suárez, - Madrid, 1.909.
La Posesión de Bienes Muebles, Librería Gral. Victoria no Suárez, Madrid, 1.927.

SANTAMARIA, J., Comentarios al Código Civil, Tomo I, Edit. Rev. Der.- Priv., Madrid, 1.958.

SANZ JARQUE, Juan J., Derecho Agrario, Pub. Fund. Juan March, Madrid, 1.975.

SAVIGNY, M.J.C. de, Tratado de la Posesión, Imp. Soc. Lit. Tip. Madrid, 1.845.

SCAEVOLA, Mucios, Código Civil, Tomo VIII, 5ª Edic., Inst. Edit. Reus, Madrid, 1.948.

SOTELA MONTAGNE, Rogelio, Anotaciones al Tratado de los Bienes de Brenes Córdoba, (Obra citada, 1.963)

- SOTO NIETO, Francisco, El Usufructo y la Prórroga Arrendaticia Urbana, Revista Gral. de Derecho, Septiembre 1.953.
La Comunidad Arrendaticia, Revista Gral. Derecho, 1953.
- VALLET DE Goytisolo, J. , Apuntes de Derecho Sucesorio, Inst. Nnal. - Est. Jur., ADC., Madrid, 1.955.
La Concurrencia de Varias Posesiones sobre una misma-cosa inmueble, Revista Legislación y Jurisprudencia, Tomo 182, Julio-Diciembre, 1.947.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo - II, 3ª edic. Tall. Tip. Cuesta, Valladolid, 1.925.
- VIADA-LOPEZ PUIGSERVER, Carlos, Legitimación Activa y Pasiva en los Interdictos de Retener y Recobrar la Posesión, Anuario - Derecho Civil, Julio-Septiembre, 1.955.
Objeto de los Interdictos Posesorios, Revista Crítica Derecho Inmobiliario, Diciembre 1.949.
- VILLARES PICO, Manuel, La Posesión y el Registro, Revista Crítica Derecho Inmobiliario, Julio-Agosto, 1.947.
- VON TUHR, Andreas, Derecho Civil, I, Edit. de Palma, Buenos Aires, 1946.
Tratado de las Obligaciones, Tomo I, Edic. 1ª, Edit. - Reus, S.A. 1934.
- TRAVIESAS, Miguel, Sobre Derecho Hereditario, Revista Derecho Privado. Enero, 1.921.
- WOLFF, Martín, Tratado de Derecho Civil, Derecho Cosas, Tomo III, Vol. 1º, 3ª edic., Bosch. Barcelona, 1.971.

C U E R P O S L E G A L E S C O N S U L T A D O S

CODIGO CIVIL ESPAÑOL

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA

CODIGO CIVIL COSTARRICENSE

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES COSTARRICENSE

CODIGO CIVIL ALEMAN

CODIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

LAS PARTIDAS

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

JURISPRUDENCIA SALA PRIMERA CIVIL DE COSTA RICA

INDICE DE AUTORES

(El número de la página indica la referencia)

- ALBALADEJO, 8, 14, 37, 49, 50, 56, 67, 75, 89, 110, 125, 127, 128, 129, 133,
135, 136, 137, 138, 140, 141, 144, 145, 146, 151, 163, 165, -
167, 176, 180, 186, 199, 227, 228, 342, 361, 366, 384, 391, 406,
442, 452, 460, 470, 493, 502, 514. -
- ALVAREZ ABUNDANCIA, 493, 494, 508, 509, 511, 516, 517. -
- ALLENDE, 55.
- ALVAREZ-LINERA, 293, 334. -
- BARASSI, 13, 105, 108. -
- BARBERO, 13, 104, 108, 149, 156, 186, 255, 328. -
- BELTRAN DE HEREDIA, J., 101, 205. -
- BELTRAN DE HEREDIA DE ONIS, P., 164, 202, 239, 241, 296. -
- BERNAL SANCHEZ, 204, 239. -
- BONFANTE, 8, 9, 12, 352, 353, 410. -
- BONNECASSE, 109, 154. -
- BONET RAMON, 75, 76. -
- BLOCK, 162. -
- BRENES CORDOBA, 42, 44, 94, 95. -
- BRUGI, 105, 108. -
- CALAMANDREI, 216. -
- CARBONIER, 110. -
- CASAS MARTINEZ, 162, 163, 165, 169, 270, 276, 497, 499. -
- CASIAN TOBEÑAS, 10, 11, 16, 33, 36, 37, 49, 50, 75, 77, 90, 129, 138, 140,
156, 165, 172, 180, 217, 360, 452, 460, 470, 514. -

CERRILLO QUILEZ, 196,197,203,232,271,-
CERTAD, 17,335, 345,483,500,514,517,523.-
COLIN Y CAPITANT, 109,154,184,295.-
CONDE-PUMPIDO FERREIRO, 225.-
CRISTOBAL MONTES, 372,375,381.
DALMAU Y DE OLIVART, 15,210.-
DE BUEN, 37,69,71,156.-
DE CASTRO, 67,88,173.-
DE DIEGO, 37,69,165.-
DE DIEGO LORA, 180,192,211,214,238,287,293,321,453,474,475,-
DE LA PLAZA, 75,211,217,334,516.-
DELGADO ECHAVARRIA, 224,225,248.-
DE LOS MOZOS, 50,74,85,101,248,276,286,293,354,467,468,480, -
487,493,514,515,516.-
DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, 47,49,50,74,156,157,211,355,360,-
DOMINGUEZ DE MOLINA, 254, 290,291,293,295,320,334,457,458,463.-
DONDERIS TATAY, 59,506,513,517.
DORAL, 439,444,449,450,453,454,483,486,488,489.-
ESPIN CANOVAS, 9,11,12,13,14,34,73,75,87,90,129,130,140,147. -
156,165,172,186,256,260,271,287,360,373,374. -
377,381,387,388,395,437,447,453,460.-
FERRER MARTIN, 66,174.-
FONT BOIX, 48,124,276,299.-
FUENTES YSUNZA, 136.-
GARCIA CANTERO, 201,225,248.-
GARCIA GARRIDO, 372,378,299,403,405,452.-

GARGIA VALDECASAS, 14,36,37,47,48,58,65,75,76,123,131,137, -
139,144,156,165,167,168,171,177,178,180, -
181,191,203, 211,256,287,305,308,331,333,-
334,352,355,356,357,358,365,371,372,375, -
378, 41,382,386,393,395,396,400,402,406, -
408,412,413,414,416,424m425,43km432,436, -
443,452,470,503,-514.-

GIMENEZ ARNAU, 74,213.-

GIMENO GAMARRA, 81,286,290.-

GINOT LLOBATERAS, 150,151,301,-

GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, 75,211,286,515.-

GUASP DELGADO, 214,215,218,406,467,474,475.-

HEDEMAN, 67,100,103,184,346,445.-

HERNANDEZ GIL, 7,12,16,49,63,86,91,173,179,195,211,214,220, -
222,244,261,268,272,285,290,292,309,311,339, -
357,434,435,460.-

IGLESIAS, 242,408.-

IGLESIAS CUBRIA, 13.-

IHERING, 19,22,23,24,25,26,27,28,29,30,31,43,188,209,244,421,-
459.-

JORS-KUNKEL, 10,11,122,184,354,371,410,411,412,420.-

JOSSERAND, 111,112,154,304.-

LA CRUZ BERDEJO, 79.-

LATOUR BROTONS, 66,-

LOPEZ JACOISTE, 205,-

MANRESA Y NAVARRO, 35,36,69,70,71,220.-

MARIN PEREZ, 13.-

MARTI Y MIRALLES, 343,344.-

MARTIN PEREZ, 13,36,56,58,63,77,78,90,123,137,142,143,156, -
157,158,159,165,167,185,211,221,252,260,261, -
269,275,287,453,522,524,-

MARTIN RETORTILLO, 162,201,202,224,236.-

MARTINEZ RADIO, 370,381,405.-

MAZEAUD, 82,109,111,112,175,233.-

MELON INFANTE, 50,74,90,299,368,490.-

MESSINEO, 14,62,108,135,155,158,328.-

MORALES MORENO, 50,59,60,124,127,134,137,153,156,159,166,176,-
184,189,220,231,246,266,275,302,334,-

MORENO MOCHOLI, 60,143,150,193,207,238,341,302.-

OLIVAR DAYDI, 207.-

PEREZ ARDA, 210.-

PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, 16,32,33,50,52,54,74,90,122,132,137,-
140,145,159,160,170,171,174,175,180,-
188,274,282,318,370,414, 417,452,460,
463,470,480,492,493,495,502,512,514,-
516,523.-

PEREZ TEMPLADO, 293.-

PETIT, 8,10,37,353.-

PLANIOL Y RIPERT, 13,110,112,154,329.-

PLANS SANZ, 497,498.-

PINTO RUIZ, 80,191,-

PRIETO-CASTRO, 75,211,218,286,323,332,453,514.-

PUIG BRUTAU, 14, 35, 50, 75, 90, 118, 129, 140, 172, 195, 360, 379, 392, -
395, 453, 480. -

PUIG PEÑA, 50, 59, 75, 90, 127, 129, 140, 148, 360, 453. -

REYES MONTERREAL, 65. -

RIOS SARMIENTO, 293, 306, 308. -

ROCA SASTRE, 13, 61, 198, 372, 373, 377, 378, 379, 383, 384, 386, 388, -
389, 393, 426, 434. -

RODRIGUEZ-AGUILERA CONDE, 208. -

RODRIGUEZ-SOLANO ESPIN, 74, 211, 281, 315, 321, 453, 510. -

RUGGIERO, 8, 9, 11, 104, 107, 126, 130, 133, 146, 147, 152, 167, 247, 426.

SABATER, 330. -

SANCHEZ ROMAN, 69, 211. -

SÁLEILLES, 9, 11, 17, 19, 26, 27, 64, 102, 103, 128, 152, 161, 184, 186, -
189, 237, 444, 449. -

SANTAMARIA, 89. -

SANS JARQUE, 90. -

SAVIGNY, 13, 1718, 20, 21, 148, 183, 189, 309, 448. -

SCAEVOLA, 53, 70, 71, 288. -

SOTELA MONTAGNE, 41, 94. -

SOTO NIETO, 150, 506. -

VALLET DE GOYTISOLO, 13, 51, 52, 136, 153, 156, 157, 212, 283, 285, 217,
286, 290, 300, 387, 388, 395, 471, 480, 514, 529. -

VALVERDE Y VALVERDE, 69, 71, 72, 211. -

VIADA-LOPEZ PUIGCERVER, 212, 293, 323, 439. -

VON TUHR, 16, 233. -

TRAVIESAS, 370, 381, 388. -

WOLFF, 16,46,49,52,59,64,65,68,100,101,117,122,129,132,133, -
138,140,141,143,144,165,171,180,187,194,198,217,257, -
287,303,324,409,413,439,447,451,459,478,490,512,513. -

INDICE GENERAL

	Página
<u>INTRODUCCION</u>	1
<u>CAPITULO PRIMERO</u>	
<u>I. CONCEPTO DE POSESION</u>	
1.- La Posesión En Roma	7
2.- El Corpus y el Animus	9
3.- Teoría Subjetiva	17
4.- Teoría Objetiva	22
5.- El art.430 del Código Civil español	31
6.- El art. 277 del Código civil de Costa Rica	38
<u>CAPITULO SEGUNDO</u>	
<u>I. DELINEAMIENTO DOCTRINAL DEL MEDIADOR POSESORIO</u>	
1. Concepto y Estructura del Mediador Poesorio.	45
A) La Mediación	45
B) La Relación Jurídica	49
C) Poseedor mediato y Poseedor Inmediato	50
D) Derecho del Poseedor Mediato e Inmediato	58
E) La Pretensión Válida de Entrega	63
F) Grados	66
2. Los Arts. 431 y 432 del Código Civil Español	69
A) Poseedor en nombre propio y en nombre ajeno	69
B) Poseedor en concepto de dueño y en concepto distinto	70

	Página
C) Nueva Interpretación del art. 432.	72
D) El Art. 431 como Fundamento de la Mediación	76
E) Nuestra Opinión	79
3. Los Arts. 279 y 280 del Código Civil de Costa Rica	94

II. EXISTENCIA DEL MEDIADOR POSESORIO EN LA LEGISLACION

EXTRANJERA Y EN EL DERECHO HISTORICO

1.- Derecho Alemán	100
2.- Derecho Italiano	103
3.- Derecho Francés	109
4.- Derecho Histórico (Las Partidas)	113

III. TERMINOLOGIA: DERECHOS QUE ADOPTAN LA MISMA O

OTRAS

1.- Derecho Francés e Italiano	116
2.- Derecho Alemán	116
3.- Derecho Español: Jurisprudencia, Casos	118

CAPITULO TERCERO

I. COMIENZO, DURACION Y FIN DE LA MEDIACION

1.- Comienzo de la Mediación Posesoria	122
A) Posesión Precedente	123
a) Posesión de Hecho	123
b) Posesión de Derecho	125
B) Transmisión de la Posesión	126
a) Transmisión del Derecho de Posesión	126

	Página
1º) Adquisición de la Mediación por medio de Contrato	128
2º) Adquisición de la Mediación por medio de la Ley	132
b) Transmisión del Hecho de la Posesión	133
1º) Intransmisibilidad del Hecho	133
2º) Entrega Corporal	136
3º) Entrega por Convenio	138
c) Concurrencia de Voluntades	139
1º) Voluntad Legal	139
2º) Voluntad Material	140
3º) Voluntad Posesoria	141
C) Posesión del Mediador Posesorio	141
1º) Nacimiento de la Relación Obligatoria	142
2º) Adquisición u Ocupación de la Cosa	142
3º) Nacimiento Pleno de la Mediación	143
D) Adquisición de la Mediación Posesoria por Representante	143
1º) Adquisición de la Posesión como Derecho	145
2º) Adquisición de la Posesión como Hecho	145
2.- Duración de la Mediación Posesoria	148
A) Mantenimiento de la Mediación	148
B) Presunción de Posesión Intermedia	151
C) Interversión Posesoria	152
3.- Fin de la Mediación Posesoria	160
A) Desde la Posesión Mediata	161
1º) Voluntaria	161

	Página
2º) Involuntaria	169
B) Desde el Mediador Posesorio	170
1º) Voluntaria	170
a) Cesión de la Cosa	172
b) Cesión de derechos	173
c) Constitución de nueva mediación	173
2º) Involuntaria	174
a) Derecho de Recuperación en el Mediador Posesorio	178
b) Derecho de Recuperación en el Poseedor Mediato	179
C) Acuerdo de Ambos Poseedores y Disposiciones - Legales	181
a) Convenio de Partes	181
b) Disposición de la Ley	182
II. <u>EL CONSTITUTUM POSSESSORIUM</u>	183
III. <u>PODERES Y EFECTOS DEL POSEEDOR MEDIATO</u>	
1.- Límites de los Poderes	191
2.- Pretensión de Entrega	193
3.- Conservación de la Cosa	200
4.- Interdictos	209
5.- Usucapión	219
6.- Frutos	223
7.- Gastos	228
8.- Presunciones Legales	230

IV. PODERES Y EFECTOS DEL MEDIADOR POSESORIO

1.- Entrega de la Cosa	232
2.- Adquisición de Posesión	234
3.- Mantenimiento en la Posesión	237
4.- Interdictos	242
5.- Usucapión	245
6.- Frutos	247
7.- Gastos	249
8.- Presunciones Legales	251

CAPITULO CUARTO

I. RELACIONES ENTRE EL POSEEDOR MEDIATO Y
EL MEDIADOR POSESORIO E INTERPOSICION
DE INTERDICTOS DE UNO FRENTE A OTRO

1.- Posibilidad de Relaciones entre Ambos Poseedores	252
A) Grado Posible de Relación	252
B) Elementos Estructurales en dicha Relación	256
a) Tipo de Derecho que cada Poseedor tiene	257
b) Comunicación de Ambas Posesiones	261
c) Ambito de Acción de cada uno de los Derechos	267
2.- Relaciones de Ambos Poseedores entre sí	269
A) En cuanto al Mediador Posesorio	274
B) En cuanto al Poseedor Mediato	277
<u>Relaciones diversas entre sí</u>	
C) Por entrega de la cosa	278
D) Por el Conservar y Disfrutar la Cosa	279
E) Impedimento e Incumplimiento de Obligaciones	279

	Página
F) Finalización de la Mediación	279
3.- Interdictos del Poseedor Mediato	280
4.- Interdictos del Mediador Posesorio	287
A) Problema de Hecho	288
B) Problema contractual, a), b), c)	289 a 292

II. RELACIONES DE AMBOS POSEEDORES CON TERCEROS Y

LA DEFENSA TOTAL DE LA POSESION POR CADA UNO

1.- Relaciones del Poseedor Mediato	294
A) Interdictos	295
B) Constitución de una nueva Mediación	297
C) Enajenación de la cosa por el Mediador	299
D) Perventa que de la cosa haga el mismo	301
2.- Relaciones del Mediador Posesorio	304
A) Interdictos	304
B) Por Constitución de una nueva Mediación	313
C) Por juicio de Evicción	313
3.- Defensa Total por el Mediador Posesorio	314
4.- Defensa Total por el Poseedor Mediato	319

III. LA AUTODEFENSA DE LA POSESION POR AMBOS

1.- Bosquejo Doctrinal sobre la Autodefensa	322
A) En Alemania	324
B) En Costa Rica	325
C) En Italia	327
D) En Francia	328
E) En España	329
F) Nuestra Opinión	334

	Página
2.- Autodefensa del Poseedor Mediato	345
A) En cuanto a su Derecho	346
B) En cuanto a la Cosa	348
3.- Autodefensa del Mediador Posesorio	349

IV. LA ACCION PUBLICIANA

1.- Sus orígenes históricos y su vigencia actual	352
A) Orígenes	352
B) Vigencia actual	355
2.- Utilización de la Publiciana en la Mediación	
Posesoria	361
A) Respecto al Mediador Posesorio	361
B) Respecto al Poseedor Mediato	363

CAPITULO QUINTO

I. CASOS QUE NO SON DE MEDIACION POSESORIA

PERO SI DE POSESION COMO DERECHO

1.- Planteamiento del Tema	367
2.- La Posesión Civilísima	369
A) Situación Doctrinal del Art. 440 del Código Civil	369
B) Sistema Romano	371
C) Sistema Germánico	374
D) Sincretismo Doctrinal	376
E) Doctrina Española en torno al art. 440	380
F) Relaciones entre la Posesión Civilísima y la Mediación Posesoria	386

	Página
A) La Posesión Civilísima	386
a) Concepto de la Posesión Civilísima	387
b) Origen de la Posesión Civilísima	395
c) Definición de la Civilísima en el art. 440	396
B) Relaciones entre Ambas Figuras	397
a) Desde el Punto de Vista Sustantivo	397
b) Desde el Punto de Vista Procesal	398
C) Relación de Elementos entre Ambas Figuras	407
3.- La Posesión Incorporal del Despojado	408
A) Situación anómala de la Posesión Incorporal	408
B) En el Derecho Romano	410
C) En el Derecho Germánico	412
D) El Art. 460, 4º, del Código Civil Español	414
a) Planteamiento del Tema	414
b) La Irradiación Fáctica Posesoria	416
c) Derecho a la Posesión o Derecho a Recobrar la Posesión	424
a") Derecho a la Posesión	426
b") Derecho a recobrar la Posesión	427
c") La Posesión del Despojado como un Hecho Jurídico	428
d") Relaciones entre la Mediación Posesoria y la Posesión Incorporal del Despojado	434
 II. <u>EL SERVIDOR DE LA POSESION</u>	
1.- Concepto Doctrinal del Servidor de la Posesión	439
A) Su origen	439

	Página
B) Su Estructura Jurídico-Formal	441
a) Un Poseedor Precedente	441
b) Convenio o Contrato entre Ambas Partes	444
c) Actividad Propia del Servidor de la Posesión	450
2.- Situación legal del Servidor de la Posesión en el Ordenamiento Jurídico Español	452
A) Ubicación Sustantiva de la Figura	452
a) Desde un Nivel Extrajurídico	453
b) Desde un Nivel Sustantivo	457
c) Desde un Nivel Procesal	466
B) Nueva Interpretación del Art. 431 Código Civil	469
3.- Protección Posesoria que efectúa el Servidor de - la Posesión	473
A) En cuanto a los Interdictos	473
B) En cuanto a la Autodefensa	477
4.- Distinción entre el Servidor de la Posesión y el Mediador Posesorio	484
A) Cuestiones jurídicas	485
B) Cuestiones de Hecho	488
C) Semejanzas	490

III. LA COMEDIACION POSESORIA

1.- Condición Jurídica de la Comediación	492
A) La Coposesión	492
B) Constitución de la Comediación	495
a) La Comunidad Absoluta	495
b) La Comunidad Relativa	498

	Página
2.- Relaciones entre los Comediadores	499
A) Cuotas de Derecho Iguales	499
B) Cuotas de Derecho Desiguales	501
C) Cosas Comunes y Cosas Personales	502
3.- Relaciones entre Comediadores y Posesión Mediata	504
A) Entre Comediadores y un Poseedor Mediato	504
B) Entre Comediadores y Coposesión Mediata	507
4.- Interdictos	508
A) Legitimación Interdictal	509
B) Interdictos contra Terceros	514
C) Interdictos entre Comediadores	515
a) Objeciones genéricas	515
b) Objeciones específicas	516
c) Nuestra Opinión	517
<u>CONCLUSIONES</u>	530
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	549
<u>CUERPOS LEGALES CONSULTADOS</u>	562
<u>INDICE DE AUTORES</u>	563
<u>INDICE GENERAL</u>	569

RESUMEN SOBRE LA TESIS TITULADA

LA MEDIACION POSESORIA

El presente trabajo pretende hacer un enfoque de la Posesión, desde la dimensión en que ésta se estructura como la figura de la Mediación Posesoria. En ese sentido y con el objeto de dejar presupuestos conceptos básicos sobre la Posesión como institución en general, inicialmente se hace un esbozo muy general acerca de los elementos que integran la misma, así como aquéllos que estructuran el artículo 430 del Código civil español, que contiene la definición de lo que debe entenderse en dicho ordinamiento por tal institución. Se hace posteriormente una relación jurídico-dogmática sobre los elementos integrantes de la figura de la Mediación Posesoria, señalándose la génesis de la misma, los sujetos que la componen, los derechos y obligaciones que cada uno adquiere en la relación de mediación, así como los poderes y efectos, que tanto dicha relación jurídica como la posesión que cada sujeto sustenta, produce entre los miembros integrantes de la figura en comentario y las posibles formas y medios en que éstos entran en relación con los terceros. Se hace énfasis fundamentalmente en el tipo de relación que nace entre los sujetos integrantes de la mediación y la clase de posesión que cada uno de ellos llega a tener, para desprender posteriormente los poderes y efectos jurídicos que adquieren y que pueden hacer valer ante el otro poseedor. Del ejercicio de los derechos y obligaciones que a cada uno de los miembros se designa por la mencionada relación, surge y se plantea la cuestión central a nuestro entender, sobre la posibilidad de la existencia de -

una concurrencia de posesiones sobre una misma cosa. En ese -
sentido, haciéndose referencia a diferentes corrientes doctri-
nales, que afirman que en efecto en el ordenamiento español se
puede construir dicha concurrencia a partir de distintas nor-
mas jurídicas o de una relación normativa entre ellas, se sos-
tiene el criterio, conjuntamente con varios autores, que es -
en el Artículo 432 del Código civil español en donde se funda-
menta jurídica y legalmente la mencionada concurrencia poseso-
ria. Una vez sentada en tales dimensiones la figura de la Me-
diación Posesoria, en donde se ha limitado el campo de acción
de la misma conjuntamente con sus elementos internos y exter-
nos que la forman, se realiza un enfoque somero de otras figu-
ras jurídicas, que de alguna manera, tienen semejanza y rela-
ción con la que constituye el centro del trabajo; y de esa ma-
nera se dedica atención a la Posesión Civilísima, la Posesión
Incorporal del Despojado y el Servidor de la Posesión, figu-
ras, una vez definidas en sus dimensiones doctrinales y lega-
les, que se ponen en relación con la Mediación Posesoria a -
fin de señalar las distinciones existentes entre ésta y aqué-
llas. Por último, se dedica una sección a la Coposesión, orga-
nizada ésta desde una posición de Mediación Posesoria, impli-
cando en dicho análisis no sólo las relaciones internas que-
se operan a nivel de comediadores, desde las perspectivas de
los poderes, derechos y obligaciones que cada uno tiene, sino
de su relación con el poseedor mediato, organizado éste, ya co-
mo una posesión exclusiva, ya como una coposesión; concluyén-
dose por último sobre el planteamiento y análisis que suscita
el problema de la posibilidad de interposición de los Inter-
dictos entre los Comediadores.-

Madrid, 23 de Noviembre de 1977

Carlos M. Guzmán Leiva